RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.5
Enero-Junio
2019

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.





Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 5
Enero-Junio 2019

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

AUTORIDADES

Rector: Doctor Fernando Ponce León, SJ.
Vicerrector: Doctor Fernando Barredo Heinert, SJ.

Facultad de Jurisprudencia

Decano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Efrén Guerrero Salgado, PhD

Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Manuel Fernández de Córdoba

QUITO, ECUADOR

2019

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

*El Comité Editorial de la revista RFJ se encuentra integrado por los miembros del Equipo de Gestión Editorial y el Consejo Editorial. El Consejo Editorial asume la responsabilidad académica de la revista y se encuentra conformado exclusivamente por docentes e investigadores externos a la PUCE.

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2019
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 5
Enero-Junio 2019

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Efrén Guerrero Salgado, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien, durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A él debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. Se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta se encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los docu-

mentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección RFJ

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como *alma mater* del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Renata Melissa Yunda López, René Gálvez Delgado, Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Asimismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Efrén Guerrero Salgado
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

La inclusión excluida en el cine y la literatura: Aproximación al pensamiento de Giorgio Agamben desde la trilogía “Los Juegos del Hambre”

Excluded Inclusion in Cinema and Literature: Approaching Giorgio Agamben’s thought using the “The Hunger Games”

Ab. Brenner Fabian Diaz Rodriguez Esp. Mg.
Docente de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo

Artículo Original (Análisis)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 37-50, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el trabajo presenta una reflexión crítica del abordaje del pensamiento de Giorgio Agamben, tanto en forma implícita como explícita, acerca del cine y la literatura. En ese sentido, se recurre de forma instrumental una obra multipremiada en los escenarios que se relacionan con la niñez y la adolescencia. Partiendo del arte como expresión de la realidad, se intenta establecer el paralelismo del modelo de sociedad que presentamos como resultado de los conflictos sociales y éticos y algunas expresiones filosóficas e históricas de la recreación ficticia del régimen totalitario al que nos destinan nuestros actos. El propósito del proceso reflexivo es llamar la atención sobre la realidad edulcorada que se oferta como mercancía y que recibe lauros de la crítica y el público, resaltando la superficialidad e insustancialidad de la trama que se nos disfraza de crítica con un manto de violencia y parlamentos engañosos.

PALABRAS CLAVE: inclusión excluida, exclusión incluida, totalitarismo, nuda vida, biopolítica.

ABSTRACT: the work carries out a critical reflection regarding the approach of Giorgio Agamben’s thinking, both implicitly and explicitly, in film and literature, using a multi-award-winning work as a reference in scenarios related to childhood and adolescence. Starting from art as an expression of reality, we attempt to establish the parallelism of the model of society—presented as being a result of social and ethical conflicts—and of certain philosophical and historical expressions of the fictitious recreation of the totalitarian regime to which our acts are

destined. The purpose of the reflective process is to bring attention to the sugar-coated reality that is offered as a commodity and that receives laurels from critics and the public, highlighting the superficiality and insubstantiality of a plot that disguises itself as critical with a cloak of violence and deceptive dialogues.

KEY WORDS: excluded inclusion, exclusion included, totalitarianism, naked life, biopolitics.

INTRODUCCIÓN

El arte, desde tiempos inmemoriales, es la expresión de las realidades sociales. En el proceso creador se parte de la realidad concreta, hasta el desarrollo del constructo imaginario del artista. Pero no tiene forma de soslayar el carácter social del creador y del proceso per se. Por esta razón cualquier expresión del arte refleja, de forma directa o indirecta, el entorno en que fue gestada.

El séptimo arte se define por su dinamismo y la coherencia de su formato con el modo en que percibimos el mundo, lo que le confiere accesibilidad, independientemente de la educación o formación artística del espectador. El hombre del siglo XXI, con sus pretensiones tecnológicas, suele tener por esta razón más relación con esta expresión artística de la realidad.

El 14 de septiembre de 2008 fue publicado el primer libro de la trilogía "Los Juegos del Hambre" de Suzanne Collins,[1] una escritora estadounidense que refiere haber empleado como fuente de inspiración el paralelismo entre un reality show y los mitos del imperio helénico. Lionsgate Enterteinment compró los derechos y produjo el filme que llegó a la pantalla grande en el año 2012, protagonizada por Jennifer Lawrence. El libro, sus tres volúmenes, ha sido acreedor de numerosos premios, pero es importante destacar que se hizo explícito que estaba

1 Del Tratado de la traición: En castigo por la rebelión, cada distrito ofrecerá una mujer y un hombre que se encuentren entre los 12 y 18 años de edad para una cosecha pública. Dichos tributos serán entregados a la custodia del capitolio y transferidos a una arena pública donde pelearán a muerte, hasta que uno sólo prevalezca ganador. Desde ese momento y para siempre, esta festividad será conocida como Los Juegos del Hambre. *Filme "The Hunger Games" (2012). Basado en la obra homónima de Suzanne Collins*

dirigido a los niños, adolescentes y jóvenes. El parlamento que encabeza este trabajo define la esencia de la saga: un régimen totalitario, que llega al estado de excepción, donde el propósito del gobierno es sofocar cualquier chispa de rebeldía que se encienda en la población.

La dictadura está representada por el personaje del presidente Coriolanus Snow, interpretado por Donald Sutherland, y resulta extremadamente atractivo en su proyección cinematográfica. El personaje se destaca por su inteligencia y habilidad para manejar la conciencia colectiva. Y en el filme se hace evidente la paradoja de la soberanía, donde el soberano es parte del ordenamiento jurídico sin estar incluido en él. (Agamben, 1998)[2]

El presidente actúa como un monarca, rodeado de las cortes, lo que se refleja en la riqueza, la ostentación y la inmunidad de la que goza la nobleza. Aún así, el poder "absoluto" está en manos del presidente.

Por el grado de extrema pobreza y la violación de los derechos ciudadanos de los habitantes de los trece distritos, estos se sublevan, lo que desencadenó una guerra cruel que culminó con la derrota de los distritos. El precio de la derrota fue el tributo anual de dos jóvenes por distrito que se enfrentarían entre ellos en una lucha por la supervivencia, por el derecho a respirar, recreando el mito del Minotauro de la antigua Grecia.

1. DERECHOS Y CIUDADANÍA

Los ciudadanos de los distritos que son elegidos quedan entonces despojados de sus derechos, ya que, por dictamen soberano, deben enfrentar la muerte, o peor aún, el asesinato. Legalmente los tributos están incluidos en la sociedad, pero dejan de pertenecer a ella, quedando entonces en un limbo ambiguo que los vuelve más vulnerables porque es la propia ley la que decreta ese estado de excepción. La lucha por la supervivencia contra un depredador de la misma especie suele ser antinatural, siempre que no esté involucrada la reproducción; solo en condiciones extremas un animal se vuelve contra un espécimen semejante, pero en un estado de excepción se impone el nómos del soberano y este fenómeno conduce a situaciones de violencia. Dada las

2 Agamben, G. (1998). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida* (Primera ed., Vol. I). Valencia: Pretextos.

características del estado dictatorial, la naturaleza del hombre como animal vivo que queda excluida en una sociedad organizada, se impone como paradigma de vida.

Podría preguntarse por qué Agatocles y algún otro de la misma especie pudieron, después de tantas traiciones e innumerables crueldades, vivir por mucho tiempo seguros en su patria y defenderse de los enemigos exteriores sin ejercer actos crueles; como también por qué los conciudadanos de éste no se conjuraron nunca contra él, mientras que haciendo otros muchos uso de la crueldad, no pudieron conservarse jamás en sus Estados, tanto en tiempo de paz como en el de guerra. (Machiavelli, 2012)[3]

Maquiavelo continúa el análisis haciendo referencia al "buen o mal" uso de la crueldad, señalando que si esta se emplea sólo una vez como autodefensa es posible y hasta aceptable; y que es mejor hacer todos los actos de crueldad de una sola vez. Maquiavelo puntualiza que: "*Hay tanta distancia entre saber cómo viven los hombres y saber cómo deberían vivir ellos, que el que, para gobernarlos, abandona el estudio de lo que se hace, para estudiar lo que sería más conveniente hacerse aprende más bien lo que debe obrar su ruina*". Es una posición marcadamente coherente con las doctrinas de Maquiavelo el hecho de que, en la trama, el tirano declara abiertamente una postura en la que, aunque es temido y no cuenta con el amor de sus súbditos, tampoco quiere ser aborrecido. De ahí el diálogo que justifica el estado de excepción:

"_ Si solo quisiéramos intimidar a los distritos… ¿Por qué no organizar una caza y ejecutarlos de una vez? Sería más rápido. Esperanza

_ ¿Esperanza?

_ Esperanza…Es lo único más fuerte que el miedo. Un poco de esperanza es eficaz, pero demasiada, es peligrosa. Un destello es bueno cuando es contenido."

Filme "The Hunger Games" (2012)

3 Machiavelli, N. (2012). *El príncipe*. Madrid: Espasa Calpe.

El retorno al estado natural es, en la saga, el estado que legaliza el crimen pero que pierde humanidad cuando se convierte en deporte. El soberano es capaz de decretar que la nuda vida es un juego y los hilos están en sus manos. En esta nueva realidad el simple hecho de existir es un tributo a un poder soberano que está al margen de ese mismo estado.

- Cuéntanos qué sucedió en realidad en esa última y controvertida noche.

- Antes que nada, debes entender que cuando estás en los Juegos, deseas una sola cosa. Y es muy costosa.

- Estás vivo.

- Te cuesta la vida. Te cuesta más que la vida.

- ¿Qué vale más que tu vida?

- Asesinar a personas inocentes. Eso te cuesta todo lo que eres.

Diálogo del filme Sinsajo I parte

Sería muy ingenuo asumir que las masas pueden ser movidas por este discurso, en un régimen totalitario es necesario doblegar el cuarto poder y la opinión pública a los deseos del dictador. Por consiguiente el establecimiento del estado de excepción se logra únicamente si se manipula el criterio de las masas.

El estado de excepción está relacionado con el fenómeno que Marx llamó negación y lucha de contrarios, puesto que al existir dos estados excluyentes, se genera la excepción que justifica la regla. Retomando el pensamiento de Agamben[4], la ley no puede prever todos los conflictos humanos y, en la situación en que la ley y la ética se contraponen, se justifica el estado de excepción, al menos moralmente; por ejemplo: En un capítulo de la serie Scorpion, una niña requiere sangre para un trasplante cardiaco que debe ser realizado con urgencia, la sangre está posiblemente contaminada por un virus para el que existe una va-

4 Agamben, G. *op. cit* 1

cuna, pero la ley prohíbe la transfusión de sangre contaminada. Este conflicto entre la ley y la ética deja un vacío, una inclusión excluída, que justifica los actos anárquicos del grupo protagonista.

(...) La eficacia de este tipo de propaganda demuestra una de las características principales de las masas modernas. No creen en nada visible, en la realidad de su propia experiencia; no confían en sus ojos ni en sus oídos, sino sólo en sus imaginaciones, que pueden ser atraídas por todo lo que es al mismo tiempo universal y consecuente en sí mismo. Lo que convence a las masas no son los hechos, ni siquiera los hechos inventados, sino sólo la consistencia del sistema del que son presumiblemente parte. La repetición, cuya importancia ha ido algo sobrestimada en razón de la extendida creencia en la capacidad inferior de las masas para captar y recordar, es importante sólo porque las convence de la consistencia del tiempo. (Arendt, 1998)[5]

2. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

La plataforma ideológica que fundamenta el estado de excepción debe estar bien consolidada, aun cuando su fundamento parezca absurdo. Si nos ubicamos en la filosofía del nacionalsocialismo; ¿qué lógica argumental tendría que la opinión pública mundial permaneciera de brazos cruzados en semejante holocausto antisemita? Arendt (1998), hace un análisis del estado de la riqueza y la influencia política de los judíos en la Alemania nazi. En ambos casos el tirano se siente obligado justificarse, no se trata de un espectáculo de omnipotencia, sino de manipulación.

Los pueblos no desean morir en el campo de batalla sólo para que esta desarraigada raza internacionalista pueda beneficiarse económicamente de la guerra y de esta manera satisfacer su sed de venganza derivada del Antiguo Testamento. La consigna judía: "¡Proletarios del mundo, únanse" será sustituida por una aún más superadora: "hombres creativos de todas las naciones, reconozcan a su enemigo en común!" (Discurso de Hitler, 30 de enero de 1939 en el Reichstag alemán)

En el caso de Hitler, éste utiliza el grupo venido a menos políticamente, Coriolanus crea ese grupo a partir de una selección aparentemente equitativa fundamentada en el azar. Solo que en la película con cada préstamo se creaba una nueva tarjeta con el nombre del benefi-

5 Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo* . Madrid: Taurus.

ciario en el bombo. Así que el grupo excluido no es tan azaroso como la sociedad cree, sino que tiene mayor probabilidad de pertenecer a él, el ciudadano que representaba una mayor carga económica; constituyendo el torneo en una especie de selección artificial, semejante a la que implementaba Hitler en Alemania. Plantea Hitler en Mein Kampf:[6]

> *"En Viena, durante mi lucha por la existencia, me di cuenta de que la obra de acción social jamás puede consistir en un ridículo e inútil lirismo de beneficencia, sino en la eliminación de aquellas deficiencias que son fundamentales en la estructura económico-cultural de nuestra vida y que constituyen el origen de la degeneración del individuo, o por lo menos de su mala inclinación".* (Hitler, 2003)

A pesar de este planteamiento, donde evidentemente subvalora los motivos líricos, el discurso que movilizó toda Alemania recurría precisamente al individuo emocional, pero lo hace desde la execración de la debilidad y aprovecha una raza que ha perdido influencia política para proponer el exterminio. Coriolanus, aprovecha la frustración de los vencidos, pero sabiendo que la fuerza no es suficiente, propone el estado de excepción como un cruel recordatorio; pero el vencedor tiene acceso al "way of life" de la realeza, que no dejan de ser un pelele movidos por el consumismo y la disipación que el presidente se ocupa de fomentar.

De la muerte anónima en los capos de exterminio escribe Hanna Arendt en "Los orígenes del totalitarismo"

> *"Los campos de concentración, haciendo de la muerte algo anónimo (lo que hace imposible averiguar si un preso está vivo o muerto), le robaron a la muerte su significado, el final de una vida cumplida. Se llevaron a la persona de su propia muerte, lo que demuestra que de ahora en adelante no pertenecía a él ni a nadie".* (Arendt, 1998)

Eso es precisamente lo que desecha Coriolanus en su diálogo sobre la esperanza, ya que este argumento se hace inconsistente cuando hay dos tipos de súbditos y no se está dispuesto a compartir el poder con ninguno, Los juegos del hambre no solo son un dispositivo (Agamben, 2015)[7] para someter a la plebe, sino también a la realeza y, esto último

---

6 Hitler, A. (2003). *Mein Kampf* (Primera edición electrónica en castellano ed.). Chile: Jusego. Obtenido de http://der-stuermer.org/spanish/Adolf%20Hitler-Mi%20Lucha.pdf

7 Agamben, G. (2015). *¿Qué es un dispositivo?* Barcelona: Anagrama.

lo logra a través de una ilusión de poder, ya que pueden escoger a sus tributos favoritos y enviarles regalos. Retomando los argumentos de Hegel aducidos por Agamben, se fundamenta en el positivismo de la doctrina cristiana del bien y el mal, que Hitler declara en Mein Kampf como la limitación de los humanos, lo que nos impide avanzar hacia el superhombre. Al respecto señala Agamben:

El estado de excepción es el lugar en el cual esta ambigüedad emerge a plena luz y, a la vez, el dispositivo que debería mantener unidos a los dos elementos contradictorios del sistema jurídico. Él es, en este sentido, aquello que funda el nexo entre violencia y derecho y, a la vez, en el punto en el cual se vuelve "efectivo", aquello que rompe *este* nexo. (Agamben, 2003)[8]

Pero el estado de excepción, que no satisfizo las expectativas de las grandes potencias mundiales, sirvió como pretexto para la II Guerra Mundial. Los juegos del hambre, cuando permitieron el nacimiento de un héroe portador de un ideal más coherente con las necesidades de la chusma, como le llamó Zaratustra (Nietzsche, 1972)[9] limitada por los valores morales que impone el régimen totalitario; se convirtieron en el detonante para la destrucción del Capitolio.

Una de las características de los estados de esta naturaleza es la necesidad de someter otros territorios que pueden tener o no cultura similar, el poder del Capitolio se expandió sobre los doce distritos sobrevivientes a la guerra y, coherentemente con lo que describe Maquiavelo sobre el poder del príncipe, respetó la naturaleza de los distritos, cada uno de ellos conservó su identidad a través de su forma de producción. En los distritos no habitaba la realeza como recordatorio constante de la diferencia de calidad de vida con el extranjero opresor, sino que eran regidos por los propios ciudadanos que respondían a las necesidades del tirano, mientras se mantenía en su puesto el ejército como fuerza represiva. (Machiavelli, 2012). El ciudadano que aspira a vivir mejor solo puede hacerlo a través del estado de excepción (...) *"como si la política fuera el lugar en que el vivir puede transformarse en vivir bien, y fuera la nuda vida lo que siempre debe ser politizado."* (Agamben, 1998)

---

8 Agamben, G. (2003). *Estado de excepción* (Vol. Homo sacer II). Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

9 Nietzsche, F. (1972). *Así habló Zaratustra*. Madrid: Alianza. Obtenido de https://docs.google.com/document/d/1Lq_s8nKiWnAsjZehzvnTKVEnsqneqbypHnPElxoWQjs/edit?hl=es

La opinión pública se manipula y se generan intereses acordes a las necesidades del régimen, esto también se logra generando información compleja sobre las decisiones de gobierno:

> Al fenómeno de la refeudalización de la opinión pública o de la «colonización del mundo de la vida», se agrega otro hecho que merece ser tenido en cuenta. Si se supone que lo que interesa para un control efectivo de los actos del Gobierno es que los ciudadanos adopten una actitud racional por lo que respecta a su comportamiento en sociedad, entonces no cuesta mucho inferir que si son racionales, en sociedades complejas como las modernas, preferirán reducir su información al máximo. (Rubio, 2009)[10]

Sobre este aspecto declaraba Abraham Lincon: *"Nuestro Gobierno se basa en la opinión pública. Todo aquél que pueda cambiar la opinión pública, puede cambiar también el Gobierno, prácticamente en la misma medida."* (Rutherford, 1992)[11]. Si bien en la obra los personajes no son analfabetos y pueden evaluar las circunstancias, es el estado de excepción el dispositivo coercitivo que les mantiene inactivos.

Lo curioso es que cada uno de los doce distritos funciona como un campo de concentración, donde los individuos han sido privados de los derechos humanos. Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que aún en nuestros días la Declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) no tiene la fuerza de la ley. El respeto de los derechos naturales hoy devenidos humanos gracias a Eleanor Roosevelt no está legislado, tanto es así, que la India es el vientre subrogado de la humanidad, los candidatos a la presidencia piratean la privacidad de sus contrincantes en Internet, mientras los gobiernos lo hacen con sus ciudadanos.

El Gran Hermano de Orwell se ha convertido en una triste cotidianeidad. Hay miles de millones de analfabetos, así como venta y tráfico de seres humanos, prolifera la mafia blanca y el tráfico de drogas y los intentos de manipulación genética son cada vez más frecuentes, mientras algunos pagan millones por lipoesculturas o parcelas en la

---

10 Rubio, J. M. (2009). Opinión pública y medios de comunicación. Teoría de la agenda setting. *Gazeta de Antropología,* 25(1). Recuperado el 23 de Octubre de 2016, de http://www.ugr.es/~pwlac/G25_01JoseMaria_Rubio_Ferreres.html

11 Rutherford, J. H. (1992). *The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy*. Pittsburg: Dorrance Publishing Co.

luna. El campo de concentración real ha trascendido los límites de una cárcel, pues la conciencia colectiva es manipulada por el todopoderoso régimen hacia la inopia y la intrascendencia.

Volviendo a la saga, el anonimato individual, la comunidad impotente, marcan el estilo de vida de doce distritos que acuden, vestidos con sus mejores galas, a la condena de sus semejantes.

Una idea que parece ser común a Arendt, Agamben y Esposito es que hubo una época donde no existió biopolítica, donde la nuda vida no estuvo politizada. Consideramos que, desde el momento en que se asume el término comunidad se originó la biopolítica. Esposito[12] lo declara implícitamente cuando define el paradigma inmunitario. Si el hombre necesita inmunidad de la comunidad no es irracional plantear que está decidiendo la autonomía de su zoê ya que no lo puede hacer con su bîos.

Retomando el concepto de superhombre de Hitler, el hombre evolucionado, está por encima de todas las leyes humanas y divinas pues, desde el pensamiento de Zaratustra, Dios no existe. Indudablemente de ahí procede el conflicto ético de los superhéroes, ser biológicamente superiores los convierte en políticamente inmunes y legalmente impunes, pero eso es ficción. Fue el genio de Dostoievsky quien logró representar este conflicto en el personaje de Raskolnikov, ¿considerarse biológicamente superior confiere inmunidad?

En "Crimen y castigo" el ateísmo del protagonista se ve reducido por la fe cristiana de una prostituta, lo que posiblemente perjudicó el final de esta gran obra, pero la pregunta es válida y la historia abunda en ejemplos de ello. Lo que resulta paradójico es que estos hombres sí llegaron a mover a las masas. En Los Juego del Hambre se evidencia esta creencia cuando Katniss le dispara la flecha al hijo del presidente y éste último insiste en la necesidad de conservar la imagen de superhombre, por encima de las mundanas banalidades e inaccesible para los simples mortales.

Asumiendo la razón que lleva a Esposito a plantear la tanatopolítica como elemento dual de la biopolítica y no como contrarios, entonces su postura impolítica es un elemento dual con las posturas políticas pero no necesariamente su contrario. Se puede pensar en la impolítica de Esposito como una forma de política donde el eje central lo

12 Esposito, R (2006)., *Bíos. Biopolítica y filosofía.* Buenos Aires: Amorrortu.

constituye la privacidad y el derecho a ella. Lo que no queda claro en su obra es el impacto que tendrá esta imposición individual en el nuevo orden social.

En más de una ocasión los personajes de la historia del Sinsajo, se suicidan. El suicido y el asesinato se manifiesta en dos circunstancias complementarias, la pérdida del valor de la nuda vida y la exaltación de su valor, lo que paradójicamente la convierte en algo por lo que vale la pena morir. Luego, la vida nuda puede ser algo que no vale la pena vivir o una razón para morir, todo depende del contexto al que el estado de excepción exponga al individuo, lo que sí está claro es la conversión de la biopolítica en la tanatopolítica que justifica la necesidad de la primera. Tristemente el actor Philip Seymour Hoffman, que interpretaba el personaje de Plutarch Heavensbee, también se suicidó antes de concluir la trilogía fílmica con cocaína y heroína.

En la teoría marxista el cambio social se da por las contradicciones que generan el descontento popular, deben estar dadas las condiciones económicas, políticas y sociales necesarias para este evento, sin considerar determinante el papel del líder pero la sociedad moderna asume y rinde pleitesía al liderazgo político. En la saga se nos presentan dos líderes opuestos: Coriolanus que impone un estado de excepción en que los Juegos del Hambre, donde la conservación de la vida es un espectáculo, garantizan la sumisión y aceptación de sus dictámenes; y, en la medida que avanza la saga, se engendra un nuevo líder que, tal como Coriolanus, rige en el sistema de la oposición pero se mantiene fuera de él, es Katniss Everdeen, el sinsajo. Esta chica personifica todos los valores positivos socialmente aceptados. Es intrépida, valora la familia por encima de todo, es hermosa, y por razones filiales, se enfrenta al establishment. Lo que llama la atención es que al convertirse en líder, lo hace desde una perspectiva impolítica y, en el proceso, se politiza.

El fenómeno resultante del proceso es interesante. El presidente establece un estado de excepción legalmente permitido donde la nuda vida carece de atractivos, el anonimato se impone y la muerte se despersonaliza, planteándolo arendtianamaente se despoja al individuo de su muerte. En cambio, en la oposición el Sinsajo crea un estado de excepción legalmente prohibido donde la muerte es anónima porque ocurre en defensa de un ideal de bîos que impone el sacrificio de la zoê; en la vorágine del enfrentamiento se despoja al individuo de su muerte porque se le ofrece un sentido a cambio. Los resúmenes de las guerras suelen ser un número de víctimas, de la misma forma que

ocurre con los holocaustos y las masacres. Como plantea Esposito la tanatopolítica, en cualquiera de sus formas, es el argumento más fuerte para la existencia de la biopolítica pues la pone en evidencia.

¿Cómo logra el líder mover a las masas al exterminio? ¿Qué es lo que hace creíble la propuesta de Katniss? El discurso del líder puede enardecer a los seguidores, la histeria es la única entidad psiquiátrica que se contagia, por ejemplo:

El 16 de abril de 1961 en la despedida de duelo de las víctimas de Playa Girón, Fidel Castro expresó: *"Obreros y campesinos, hombres y mujeres humildes de la patria, ¿juran defender hasta la última gota de sangre esta Revolución de los humildes, por los humildes y para los humildes?"*

Hitler en Berlín el 30 de enero de 1940 haría una exhortación semejante: *"Al comienzo del octavo año de la revolución nacionalsocialista nuestros corazones se dirigen a nuestro pueblo alemán y a su futuro. Queremos servir a este futuro. Queremos luchar por él, si es necesario caer por él. Nunca capitularemos"*

Katniss hace algo similar en la última película de la saga: *"Estoy en el distrito 8 donde el Capitolio acaba de bombardear un hospital lleno de hombres, mujeres y niños desarmados... y no habrá sobrevivientes. Y si creen por un solo segundo que el Capitolio nos tratará con justicia, están muy equivocados. Porque ya sabemos quiénes son y lo que hacen. ¡Esto es lo que hacen! Y tenemos que responder. Tengo un mensaje para el presidente Snow: Podrás torturarnos, bombardearnos y quemar nuestros distritos hasta los cimientos. Pero, ¿ves esto? El fuego se propaga, y si nosotros ardemos, tú arderás con nosotros.*

¡Únete al Sinsajo! ¡Únete a la batalla!"

La arenga es similar en todos los casos, exaltan el compromiso con un ideal pues la alternativa es "invivible". Proyectan un futuro mejor, y este proyecto de futuro implica eliminar a un enemigo que fue previamente identificado.

Llama también la atención en el filme el manejo de la sensualidad de los personajes que sugiere, pero nunca lleva a la sexualidad explícita. Quizás porque la saga es para adolescentes y jóvenes, se considera acertado filmar una escena del asesinato de una niña, el suicidio de una anciana pero el tabú de la sexualidad persiste, aún en el cine

estadounidense que aborda estos temas con más libertad. Como consecuencia se establece una relación platónica entre los personajes que no se corresponde con la realidad sexual del espectador y lo aleja del discurso de la saga.

Por último, el final, un prodigio de manipulación donde se pone en evidencia el juego político de una persona, no mucho mejor que Snow, pero que supo manejar todos los intereses en función de su deseo de poder. Y tanto sacrificio, tanta muerte no fue más que el resultado de una estrategia para sustituir un tirano por otro que, de acuerdo al pensamiento maquiavélico, tenía todos los elementos para un largo y próspero principado, estableciendo su propio estado de excepción.

3. CONCLUSIONES

Podemos concluir que este producto dirigido a adolescentes y jóvenes, desde un enfoque mitológico y en correspondencia con la demanda estética moderna, retoma el discurso de la necesidad de la lucha por los derechos del hombre, un discurso abierto contra la politización del zoê; pero, aunque esta sea su forma, su esencia revela otra cosa: Un diseño mojigato de una película de violencia, de acuerdo con las demandas de la sociedad de consumo donde queda implícito el mensaje de que es imposible escapar del campo de concentración. Cambia el dictador, cambia el gobierno, incluso se puede retomar el discurso democrático pero somos marionetas de un régimen totalitario que se impone y la nuda vida es otro dispositivo que engrasa el sistema social y el orden imperante.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agamben, G. (1998). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida* I, Primera ed., Vol. I, G. Einaudi, Valencia: Ed. Pretextos.

Agamben, G. (2003). *Estado de excepción*, Vol. Homo sacer II, Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

Agamben, G. (2015). *¿Qué es un dispositivo?* Barcelona: Anagrama.

Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.

Hitler, A. (2003). *Mein Kampf*, Primera edición electrónica en castellano ed., Chile: Jusego. Obtenido de http://der-stuermer.org/spanish/Adolf%20Hitler-Mi%20Lucha.pdf

Machiavelli, N. (2012). *El príncipe*. Madrid: Espasa Calpe.

Nietzsche, F. (1972). *Así habló Zaratustra*. Madrid: Alianza. Obtenido de https://docs.google.com/document/d/1Lq_s8nKiWnAsjZehzvnTKVEnsqneqbypHnPElxoWQjs/edit?hl=es

Rubio, J. M. (2009). Opinión pública y medios de comunicación. Teoría de la agenda setting. *Gazeta de Antropología*, 25(1). Recuperado el 23 de Octubre de 2016, de http://www.ugr.es/~pwlac/G25_01JoseMaria_Rubio_Ferreres.html

Rutherford, J. H. (1992). *The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy*. Pittsburg: Dorrance Publishing Co.

Recibido: 10 de septiembre de 2018

Aceptado: 11 de abril de 2019

Ab. Brenner Fabian Diaz Rodriguez Esp. Mg.: Docente de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo

Correo electrónico: bfdiaz@sangregorio.edu.ec

El Control Interno de la Administración Pública y la Configuración del Estado Contemporáneo

The Internal Control of Public Administration and the Configuration of the Contemporary State

Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato
Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP)

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 51-95, ISSN 2588-0837

RESUMEN: en la actualidad, cada vez con mayor intensidad, pululan escándalos de corrupción que exponen el mal uso de recursos públicos y la acción de administradores públicos deshonestos. De la misma manera, el empleo de los escasos recursos públicos no ha permitido alcanzar los objetivos esperados. Es decir, incluso sin la comisión de cualquier acto ilícito (utilizando aquí el concepto tradicional de ilegalidad en la Administración Pública), no se logra asegurar que los recursos públicos traigan los beneficios esperados por la población. Cada vez con mayor frecuencia emerge el tema del control de los recursos públicos. Como consecuencia, las legislaciones locales y los estudiosos del Derecho Administrativo buscan crear soluciones para garantizar la lisura de la Administración Pública y el buen uso de los recursos públicos, con el fin de crear un entorno que permita realizar las finalidades colectivas justificantes de la recaudación de recursos por el Estado. Sin embargo, las soluciones en materia de control que vienen y que se presentan, no pueden considerar un escenario inexistente en el Derecho Administrativo, basado en estructuras hace tiempo extinguidas. Si se considera que el control es una *herramienta* destinada a resolver un problema, nos parece fundamental que esta herramienta esté de acuerdo con su campo de aplicación. De nada adelantaría formular un instrumento de reparación que resulte inútil para las características del bien dañado. En ese contexto, se plantean discusiones acerca del *control interno de la Administración Pública*. En el sentido de que, el sistema de control realizado por la propia Ad-

ministración y no por órganos fuera de su estructura orgánica[13], el control interno viene pasando por modificaciones y discusiones doctrinales que tienen como objetivo actualizarlo, aunque muchas veces en desconsideración del concepto, de las estructuras y del *modus operandi* de la Administración actual.

PALABRAS CLAVE: administración, control interno, administración pública, eficacia, finalidad.

ABSTRACT: Nowadays, corruption scandals are rampantly and with increasing intensity exposing the misuse of public resources and the actions of dishonest public administrators. The use of scarce public resources has not allowed the hoped-for objectives to be reached. Even with no illegal act has been committed (here using the traditional concept of illegality in Public Administration), it is not possible to ensure that public resources bring about the benefits expected by the population. With increasing frequency, the issue of control over public resources emerge. Consequently, local legislations and Administrative Law students look to create solutions to ensure Public Administration's smoothness and the proper use of public resources, in order to create an environment that allows the collective purposes which justifies State collection of resources. However, the solutions in terms of control that come and are presented, cannot consider a scenario not present in Administrative Law, based on long-extinct structures. If control is a tool destined to solve a problem, it seems fundamental that this tool be in accordance with its field of application. It would be pointless to create a repair instrument that is useless for the damaged property's characteristics. In this context, a discussion is formulated regarding the internal control of Public Administration. It follows that, in the control system of Administration itself and not by organs outside its organic structure, internal control is going through modifications and doctrinal discussions that aim to update it—although many times in disregard of the current Administration's concept, structures and *modus operandi*.

KEY WORDS: administration, internal control, public administration, effectiveness, purpose.

13 Como advierte correctamente Odete Medauar (2014), el control interno de la Administración Pública es conocido por diversas denominaciones, como *control interno, control administrativo, control intraadministrativo, autocontrol*, etc. (p. 51 y ss).

INTRODUCCIÓN

En vista de los cambios ocurridos en la sociedad, a lo largo de las últimas décadas y de los consiguientes cambios implantados en la estructura y en la función del Estado (y de la propia Administración Pública), nos parece evidente que las nuevas formulaciones del control interno de la Administración Pública deberían ser presentadas al compás con tales cambios. Sin embargo, no es lo que siempre ocurre. Se formulan teorías sobre el control interno de la Administración llevando en cuenta una estructura de Administración Pública que ya no existe y se crean mecanismos materiales de control que no se corresponden con la *estructura administrativa* que los aplicará

Dentro del contexto del control interno de la Administración Pública son comunes dos grandes equívocos: por un lado, todavía se entiende la Administración como una organización piramidal construida a partir de las ideas de jerarquía y subordinación. Por otro lado, se entiende el control incidente sobre una relación de legalidad estricta, de forma que al controlador sólo se limita a verificar si el acto controlado encuentra su fundamento de validez en la ley parlamentaria que lo antecede. Así es como se demostrará que todavía hay vastas manifestaciones doctrinales, que entienden que el control interno de la Administración Pública es aquel manifestado por una autoridad jerárquicamente superior, acerca de la compatibilidad material entre el acto de una autoridad inferior y la ley en aplicación, sea *ex officio*, sea por medio de la provocación de terceros por medio del recurso jerárquico.

Ocurre que, como pretendemos demostrar en este estudio, el entendimiento de control interno descrito en el párrafo precedente no se adecua a la realidad y que resulte inútil. Hacemos esta afirmación basada en tres fundamentos, que se discutirán largamente: *(i)* la efectividad del control interno de la Administración Pública está, en gran medida, asociada a la independencia del órgano regulador; *(ii)* el objeto del control no es más solamente una conformidad directa entre acto y ley en aplicación, pero sí, es mucho más amplia, dada la función actual de la ley en su relación con la Administración Pública; y *(iii)* el carácter actual de una Administración Pública democrática demanda un control funcionalizado y *políticamente exento.*

En este sentido, nuestro objetivo en el presente estudio será presentar una especie de teoría general del control interno de la Administración Pública –aun reconociendo la posibilidad de imprecisión en el uso del

término[14]– que pueda ser capaz de presentar la *estructura orgánica de la Administración Pública* necesaria para implantar un control eficiente y, sobre todo, eficaz.

No constituye nuestro objetivo, en el presente estudio, analizar cuáles son los mecanismos de ejercicio del control interno de la Administración Pública. Ya que de este objetivo ya se realizó un estudio anterior[15].

Al no tener como propósito cruzar cada una de las formas de manejo del control interno de la Administración Pública, es que vamos a cubrir el contenido de nuestra investigación al control interno de *índole represiva;* es decir, el control interno ejercido *ex post* o concomitantemente, siempre por órgano de control especializado incluido dentro de la estructura de la Administración Pública[16].

---

14 Mencionamos que la presentación de una *teoría general* es de alta dificultad con base en las colocaciones de Fernando Menezes Días De Almeida (2015). Herméticamente, según el autor, una *teoría* sería siempre base de una colección de posicionamientos individuales que crean otro posicionamiento más general, supraindividual (p. 55 y ss). Siendo así, las proposiciones contenidas en ese estudio, por ser fruto de una visión individual, no podían considerarse propiamente una *teoría,* sino manifestación de *doctrina*. No obstante, mencionamos la idea de construir una teoría general por el hecho de que, con base en innumerables concepciones individuales del Derecho Administrativo, buscaremos demostrar una idea supra individual que conforme el control interno de la Administración Pública en los días actuales. Es verdad que puede dejar de ser una *teoría* en el sentido más correcto y adecuado del término (como empleado por el autor en debate), pero pretendemos que sea una colación de posicionamientos individuales para la construcción de una visión generalista que sea capaz de identificar el control interno de la Administración Pública con mayor precisión.

15 Revisar el artículo: Schirato, Vitor Rhein. (2015). "O Controle Interno da Administração Pública e seus Mecanismos", en *Revista dos Tribunais*, vol. 956, año 104, julio de 2015. São Paulo. p. 25 y ss.

16 Aquí se debe dejar sentado que el control interno *ex post* sigue siendo manejado por medio del poder jerárquico. Pero, a lo que nos parece, ese es un modelo insuficiente para el control interno de la Administración Pública, que demanda nuevas estructuras para el integral respeto a lo determinado por el artículo 74 de la Constitución Federal. Por esta razón, aunque hay un control represivo de índole jerárquica, enfocaremos en nuestro estudio el control represivo interno manejado por órganos independientes de aquellos de quienes emana el acto controlado.

Para llegar al resultado pretendido, seguiremos el siguiente camino: *en primer lugar*, será presentado el concepto de control interno de la Administración Pública que se utilizará en este ensayo, y se indicarán sus fundamentos jurídicos; *en segundo lugar*, se trabajará la idea de control como íntegra a la noción de Administración Pública democrática, a partir de un concepto actual de democracia aplicado al Derecho Administrativo; *en tercer lugar*, será objeto de investigación la relación entre los hechos, actos y negocios jurídicos administrativos[17], y las normas jurídicas que se aplican a la Administración Pública; *en cuarto lugar,* se expondrá las concepciones doctrinarias más comunes acerca de organización administrativa en Brasil, incluyendo allí las estructuras de control; *en quinto lugar*, se tratará la concepción actual de organización administrativa y cómo ésta tiene un impacto directo sobre el control interno de la Administración Pública; *en sexto lugar*, se expondrá una teoría de cómo debe funcionar, desde el punto de vista orgánico, el control interno de la Administración Pública para que sea eficaz y eficiente; y, *finalmente, en séptimo lugar*, se presentarán las conclusiones que parezcan pertinentes.

Es necesario subrayar que este estudio no estará limitado al derecho positivo brasileño. Como nuestra idea es presentar una teoría general del control interno, aplicable al Estado contemporáneo, no se recorrerá un camino dogmático vinculado sólo al derecho positivo, sino que se hará una reflexión a partir del Derecho Administrativo contemporáneo.

Por último, es importante afirmar que habrá, en el presente estudio, una cantidad significativa de menciones al pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann (2006). Este conjunto de menciones no es aleatorio. Se deriva de la completa adhesión de los temas aquí investigados a la forma de estructuración dogmática que hace el autor en la creación de un *sistema jurídico*.

17 Nos valemos aquí de nociones muy amplias, ya que el control de la Administración Pública será aplicable a cualquier hecho, acto o negocio jurídico que tenga efectos para la Administración. Por lo tanto, teniendo en cuenta el alcance del control en frente, no se pueden hacer restricciones sólo al control de los actos administrativos o de los contratos administrativos (entendidos como especie del género negocio jurídico administrativo).

1. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Diversas concepciones son posibles para el control interno de la Administración Pública. A partir de una visión orgánica, es posible mencionar que el control interno es *aquel desempeñado por órganos incluidos dentro de la estructura de la Administración Pública*, excluyendo así todas las formas de control que provienen de órganos externos, como: el Poder Judicial, el Poder Legislativo, los Tribunales de Cuentas[18] y el Ministerio Público[19]. De otro modo, a partir de una visión funcional, el control interno sería la *función administrativa de controlar sus propios actos con el objetivo de garantizar la legalidad (tomada en sentido amplio) de la Administración Pública.*

De esta manera, ambas visiones son correctas y necesitan ser incorporadas para, efectivamente, denotar el control interno de la Administración Pública. El fundamento de esta afirmación se deriva del hecho de que el control interno *es, desde un punto de vista orgánico, realizado por órganos de la propia Administración, sin la participación de órganos internos.*

Sin embargo, *desde un punto de vista funcional, el control interno también es una función administrativa.* Sobre la colocación del control interno de la Administración Pública como una función administrativa,

18 En el Derecho brasileño, los Tribunales de Cuentas, en virtud del artículo 71 de la Constitución Federal, son *auxiliares del Poder Legislativo* en el ejercicio del control interno de la Administración Pública. Así, se podría argumentar que el control ejercido por los Tribunales de Cuentas es sólo una parte del control parlamentario. Discordamos de esta visión, aunque los Tribunales de Cuentas sean, de hecho y de derecho, auxiliares del Poder Legislativo, el control por ellos ejercido es autónomo y, en la mayoría de las veces, prescinde de manifestaciones del Poder Legislativo. Por lo tanto, como ocurre en otros sistemas jurídicos, los Tribunales de Cuentas, en Brasil, acaban siendo órganos autónomos de control externo que, en algunas hipótesis, tienen fuerte interfaz con el Poder Legislativo, auxiliándolo.

19 Aún es cuestionable si el Ministerio Público, autónomamente, ejerce un control sobre la Administración Pública. En nuestra opinión, concordando con Odete Medauar (2014), después de la Constitución Federal de 1988, tal control autónomo es evidente, he aquí que el Ministerio Público puede actuar sin la necesidad de intervención del Poder Judicial, como lo hace en los casos en que celebra términos de ajuste de conducta y otros instrumentos para disciplinar una conducta de la Administración Pública. En cuanto al tema, revisar: Medauar, Odete. (2014). *Controle da Administração Pública*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 177 y ss.

se confiera la lección siempre correcta de Eberhard Schmidt-Assmann. (2006).

Así es que, desde nuestro punto de vista, *el control interno de la Administración Pública es aquella función administrativa ejercida por órganos integrantes de la estructura administrativa que tienen como objetivo corregir fallas cometidas en el ejercicio de otras funciones que sean verificadas de oficio o de provocación de terceros.*

El concepto que se adopta puede parecer algo obvio, pero no lo es. Esto se debe a que la presentación de una idea de control interno de que una visión orgánica con la visión funcional abre el camino necesario para que se constituya una *estructura administrativa de control*, o sea, una parte de la Administración Pública que tiene como objetivo esencial realizar el control de las demás estructuras administrativas.

Si establecemos el control interno como una *función ejercida por un órgano específico y especializado*, es obligatorio reconocer si se determina tal control como una forma de *diálogo interadministrativo*, por medio del cual una parte de la Administración corrige un acto realizado por otra. Pero no a su libre albedrío.

La corrección tiene que darse de forma fundamentada y siempre dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. No se trata de crear jerarquías entre las diferentes partes de la Administración Pública (controlador y controlados), sino demarcar sus espacios de actuación, a partir de la asignación de funciones típicas de los procesos de organización administrativa[20].

Floriano De Azevedo Marques Neto (2009), en uno de sus principales estudios publicados en Brasil sobre el control interno de la Administración Pública, critica la funcionalización de tal control, afirmando que ese movimiento tiende a transformar el control en *un fin en sí mismo*.

---

20 Sobre el tema, revisar: Schmidt-Assmann, Eberhard. (2006). *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. pp. 231-232, ya que, según el autor, el control interno de la Administración Pública es ejercido de acuerdo con la estructura funcional de organización de la Administración Pública, respetando las atribuciones de competencia, buscando un direccionamiento normativo en su ejercicio.

Según su punto de vista, la "automatización" del control hace que haya un déficit de la garantía en el manejo de la función, permitiendo que el controlador tome decisiones sin considerar el análisis de sus impactos (pp. 221-222).

Aunque concordamos con el diagnóstico, en vista de la realidad brasileña, discrepamos con la visión del autor. En nuestro sentir, es esencial que el control sea funcionalizado, he aquí que ese es un presupuesto de la teoría que pretendemos presentar. De esta manera, no se puede confundir funcionalización del control con desprendimiento de la realidad por parte del controlador. La transformación del control en un fin en sí mismo no es una consecuencia lógica y necesaria de la funcionalización del control, sino que es una patología derivada de una desnaturalización de la idea de función.

Como es evidente en el Derecho Administrativo actual, la idea de función está íntimamente ligada a la idea de *finalidad*. Es decir, la función es una obligación impuesta a la Administración Pública para el alcance de una determinada *finalidad*[21]. En este sentido, la noción de una *función de control* remite a la imposición de una *finalidad* a una parte de la Administración Pública para asegurar la lisura y la corrección de las actividades administrativas; sin querer implicar cualquier forma de sustitución del administrador por el controlador.

En el caso de que se trate de un control de una función manejada de forma dialogada entre controlador y controlado, *sin la existencia de cualquier prevalencia*, la sustitución de uno por el otro, puede transformar el control como *un fin en sí mismo*, y por lo tanto, atribuirse como una patología del mal ejercicio de la función y no un defecto conato de la caracterización del control como *función administrativa*.

Más aún: la funcionalidad del control y su atribución a una autoridad administrativa debidamente dotada de competencia para el ejercicio de dicha función recomienda el confinamiento de la actividad del control a la finalidad para la cual existe, dado que, como es evidente, la

21 En consonancia con Domenico Sorace (2012), los diferentes tipos de función administrativa identifican las más diferentes parcelas de la Administración Pública, individualizando los tipos de Administración que existen (p. 91). En el mismo sentido, Marco D'Alberti (2012) asocia la idea de función a la idea de fin en la medida en que menciona que las funciones administrativas comprenden fines públicos que deben alcanzarse (p. 131).

función no es más que un propósito a ser alcanzado. Con eso, queda corrompida la afirmación de una verticalidad entre controlador y controlado que permita la sustitución del segundo por el primero. De nuevo, de acuerdo con Eberhard Schmidt-Assmann (2006), controlado y controlador se encuentran dispuestos horizontalmente (p. 231), correspondiendo al segundo, dentro de los límites de su función, corregir fallas eventualmente verificadas de trasgresiones del primero. Cualquier desbordamiento de los límites de la función configurará una desviación por parte del controlador, justificando nuestro posicionamiento acerca de la autonomización de la función de control.

2. CONTROL INTERNO Y ADMINISTRACIÓN DEMOCRÁTICA

En la actualidad, la noción de democracia viene teniendo una importancia creciente en el contexto del Derecho Administrativo. En el origen de esta rama del Derecho, la idea de democracia era meramente accesoria y perteneciente, esencialmente, al Derecho Constitucional.

Por ello, la definición, en los cuadrantes de la Constitución, de un sistema democrático está bastante ligada al Derecho Administrativo. Sin embargo, en función de diversas funciones verificadas en el Derecho Constitucional, en el Derecho Administrativo y, en esencia, en la propia idea de Estado, la interpenetración de Administración Pública y Democracia ha sido revisada.

Según la formulación más tradicional de la doctrina del Derecho Administrativo, la legitimación democrática de la Administración Pública proviene de su sumisión a la ley. Es decir, en la medida en que corresponde a la Administración aplicar la ley elaborada por el Parlamento según dictámenes democráticos, estaría la actuación de la Administración Pública debidamente legitimada por la democracia[22].

Sin embargo, ocurre que la visión mencionada está superada. De acuerdo con el razonamiento ora criticado, no cabría a la Administración la realización de elecciones, y por tal, todo estaría predeterminado en el seno de la ley; ésta evidentemente plena manifestante de la democracia. Con eso, las acciones administrativas serían sólo un *reflejo automático* y necesario de una determinación democráticamente impuesta.

22 Revisar: Mello, Celso Antônio Bandeira de. (2012). *Curso de Direito Administrativos,* 29ª ed., São Paulo: Malheiros. pp. 103-104.

Se niega que la Administración Pública tenga la capacidad de actuar más allá de la ley, de forma que no existe posibilidad a la falta de respeto de los cánones democráticos.

Esta situación es, evidentemente, despejada con la realidad. Concordando una vez más con las siempre pertinentes lecciones de Eberhard Schmidt-Assmann (2006), la legitimidad democrática derivada de la aplicación de la ley permanece existiendo, pero es más compleja de lo que comúnmente se pugna y, principalmente, se complementa con otras formas de actuación de la Administración Pública (p. 88 y ss).

En primer lugar, la legitimación democrática derivada de la aplicación de una ley parlamentaria por la Administración Pública no proviene sólo de una compatibilidad material entre el acto administrativo y la ley en aplicación.

También acontece en los casos en que la ley parlamentaria fije cuál es la decisión a ser tomada en un caso concreto en la regulación de una competencia esencialmente vinculada (en franca minoría, en los días actuales). Sin embargo, Schmidt-Assmann (2006) plantea que surgirá de otras formas de vinculación de la Administración Pública al Poder Legislativo, como en el caso de la ejecución de la ley presupuestaria (pp. 90-91).

Además, la legitimación democrática derivada de la ley parlamentaria se derivará también de una estructura organizacional de la Administración Pública, legitimada por el sistema democrático, que concede a los agentes administrativos capacidad para actuar en el caso concreto a través de la creación de funciones y competencias. Esto significa que es esencial para que la Administración Pública ostente una legitimación democrática y que su construcción haya sido canalizada por el Poder Legislativo, con las necesarias atribuciones y delimitaciones de funciones y competencia.

En cuanto a las consideraciones precedentes, la actual relación existente entre Administración Pública y ley parlamentaria (que será objeto de estudio más detenido en el próximo tópico de este estudio) presenta una textura esencialmente abierta, ya que la ley, por regla general, no contiene un comando cerrado que sólo determina a la Administración Pública la toma de una decisión posible ante el caso concreto. En cambio, la ley, en una parte muy significativa de los casos, se valdrá de múltiples posibilidades y conceptos abiertos y plurisig-

nificativos, atribuyendo a la Administración Pública la competencia para actuar dentro de ciertos cuadrantes, pero con relevante capacidad cognitiva para determinar la mejor solución a la situación fáctica subyacente (ej., competencias discrecionales[23]).

Como consecuencia del proceso descrito, no hay como presumir que la legitimidad democrática de la Administración Pública pueda venir *sólo* de la aplicación de la ley parlamentaria. Es decir, a partir del momento en que la Administración Pública es legitimidad a actuar sin vinculación directa y exhaustiva en la ley parlamentaria, hay el advenimiento de una ampliación de la idea de democracia que demandará, por lo tanto, una revisión de la idea de Administración democrática.

Decimos que hay una ampliación en la idea de democracia porque la democracia indirecta derivada de la ley parlamentaria deja de ser única y suficiente para el actual contexto de la sociedad. En la estera de las lecciones precisas de Odete Medauar (2003) pasa a ser demandada una *democracia en el ejercicio del poder*, además de la democracia para la asunción del poder (pp. 99-100); es decir, es exigido que la Administración Pública, en el manejo de sus competencias, sea permeable a las demandas de la sociedad, que deberán ser consideradas y sopesadas en el proceso decisorio estatal.

Exactamente por la necesidad de un ejercicio democrático del poder que Eberhard Schmidt-Assmann (2006) afirma que:

> [el contenido de la democracia para las decisiones administrativas] incluye, por lo tanto, reglas muy generales de decisión administrativa, estilo de acción de la Administración y organización administrativa: se extrae de ahí, que la acción administrativa más allá de la legalidad debe cumplir otros criterios (pp. 105-106).

De acuerdo con el autor, la legitimación democrática de la Administración Pública demandará, además del respeto a la ley parlamentaria, la *aceptación* y la *participación*. La aceptación se refiere al contenido de la decisión administrativa que debe tener en cuenta de manera neutra la situación subyacente para encontrar un equilibrio ponderado en los efectos alcanzados. Según Schmidt-Assmann (2006), se trata de la le-

---

23 Sobre el proceso de transformación de la ley parlamentaria en el Estado contemporáneo, revisar: Marques Neto, Floriano de Azevedo. (2002). *Regulação Estatal e Interesse Público*, São Paulo: Malheiros. p. 124 y ss.

galidad estricta, de la corrección de la decisión *vis-à-vis* su objeto en la situación concreta (pp. 105-106).

La participación está relacionada a la permeabilidad de la decisión administrativa, al diálogo con los interesados en sus efectos, de forma que la acción administrativa no sea fruto de concepciones auto-referenciadas, sino fruto del proceso abierto de discusión.

Ante estos cuadrantes, la idea de democracia para el Derecho Administrativo es mucho más compleja de lo que las concepciones corrientes dan cuenta. La idea de Administración Democrática se refiere esencialmente a la permeabilidad de la Administración Pública a los intereses, *a las demandas y a las necesidades de la sociedad que constituirá el objeto de la acción administrativa*. No basta solamente aplicar la ley parlamentaria. Es necesario, al realizar tal aplicación, considerar las demandas que se plantean y sopesar los efectos de la decisión, en constante proceso de diálogo con los interesados.

A la luz de estas consideraciones, se ve que la misión de controlar la acción administrativa es mucho más compleja de lo que se imagina a partir de la tradicional concepción de legalidad estricta de la Administración Pública. Esto ocurre por dos razones: la falta de un catálogo cerrado de resultados de la acción administrativa y la necesidad de verificación si la decisión administrativa, al fin y al cabo, alcanzó lo que de ella se esperaba.

En lo que se refiere a la primera razón, se tiene un aumento considerable de la complejidad de la actividad de controlar la Administración Pública debido a la falta de un criterio uniforme y claro.

En el contexto tradicional de una legalidad estricta, el control es simple: se da por la verificación del cumplimiento o no de la norma en aplicación. Sin embargo, en el escenario descrito, la ley no prevé una exclusiva consecuencia a ser verificada en el caso concreto.

Se prevé una finalidad a ser alcanzada y la consagración de instrumentos, de tal forma que se impone al controlador la obligación de verificar si el manejo de los instrumentos fue adecuado para la finalidad impuesta por la norma.

Por lo que se refiere a la segunda razón, hay la obligación de que el controlador garantice que la decisión administrativa no se dará en

desconsideración de la situación fáctica subyacente. Es decir, la idea de Administración Democrática impone al agente público controlador, que verifique y asegure la compatibilidad de la decisión administrativa con la situación fáctica subyacente, de forma que garantizar que el ejercicio de la función se dio de acuerdo con los cuadrantes del ejercicio democrático del poder[24].

En ese sentido, se ve que la función de control de la Administración Pública gana considerable relieve en el contexto actual, he aquí que el aumento de la discrecionalidad administrativa debe venir acompañado de un aumento de la amplitud y de la capacidad del controlador. Permitir una mayor capacidad decisoria a la Administración Pública es esencial, así como es necesario disponer de medios aptos para garantizar que las decisiones adoptadas respeten los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que concierne a la obligatoriedad de la legitimación democrática de dichas decisiones.

3. LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como ya se ha mencionado en el tema anterior, la relación entre la Administración Pública y la ley se ha modificado considerablemente en las últimas décadas y, evidentemente, habrá sensibles y relevantes consecuencias para una estructura de control de la Administración Pública.

Según concepciones antiguas y superadas del Derecho Administrativo, es aplicable a la Administración Pública una relación de l*egalidad estricta* en relación a la ley parlamentaria. Según estas concepciones, corresponde a la Administración Pública, apenas realizar lo que es determinado por la ley, de forma que se plantea la acción administrativa

24 Es importante mencionar aquí que la necesidad de verificación de compatibilidad entre la acción administrativa y la situación fáctica subyacente no legitima al controlador a determinar directamente cuál es la mejor decisión a ser tomada ante la situación concreta. Al controlador sólo cabe apuntar la corrección o incorrección del *proceso decisorio* en lo que concierne a la identificación de los intereses, de las demandas y de las necesidades a ser satisfechas con la acción administrativa, imponiendo, en su caso, la obligatoriedad de rehacer la decisión con la permeabilidad necesaria a la complejidad de la situación subyacente. Este tenue elemento demarca la división de un control colocado como un "fin en sí mismo" en que hay la sustitución del controlado por el controlador del control autónomo correctamente manejado.

como una consecuencia automática de la ocurrencia de una hipótesis de incidencia perfecta y determinante contenida en la ley parlamentaria[25].

La refutación de esas concepciones de la manera detallada ciertamente desbordaría los límites del objeto del presente estudio. Sin embargo, nos parece imprescindible basar que la idea de legalidad estricta ya no se aplica (si es que algún día se aplicó) al Derecho Administrativo, de forma que, como consignamos en un estudio anterior[26], la ley parlamentaria constituye *una de las fuentes del Derecho Administrativo* y no la única fuente.

La emergencia de normas constitucionales con eficacia plena y directa sobre la acción administrativa (como ocurre en relación a los derechos fundamentales), así como la transferencia de materias de la ley parlamentaria a reglamentos administrativos, en proceso de deslegalización[27], hacen que la ley parlamentaria sea una fuente de *parametrización* de la acción administrativa, en la medida en que crea los medios de acción administrativa[28] y determina sus límites y finalidades (Fracchia, 2014, p. 133).

---

25 Revisar: Mello, Celso Antônio Bandeira de. (2012). *Curso de Direito Administrativo.* 29ª ed., São Paulo: Malheiros p. 104.

26 Revisar: Schirato, Vitor Rhein. (2016). "Legalidade e Tipicidade no Exercício da Função Sancionadora pela Administração Pública", en: Asociación peruana de Derecho Administrativo (org.). *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* Lima: Thomson Reuters. p. 719.

27 La deslegalización consiste en un movimiento a partir del cual la ley parlamentaria se limita a trazar los elementos esenciales de la disciplina de una determinada materia, expresamente trasladando a reglamentos editados en el ámbito de la Administración Pública la disciplina detallada. Así, se opera una transferencia de la ley para el acto normativo infra legal la disciplina de un determinado tema, dentro de los lindes y en el contexto previstos en la ley parlamentaria. Sobre el tema, entre otros, revisar: Falcon Giandomenico. (2014). *Lineamenti di Diritto Pubblico*, 13a ed. Pádua: CEDAM. p. 294-295.

28 Importante aquí hacer la conexión con las ideas expuestas en el tópico anterior: que la creación por la ley parlamentaria de medios de acción administrativa derivados de la creación de funciones y delimitaciones de competencias constituye uno de los más importantes medios de legitimación democrática de la Administración Pública frente al modelo de democracia representativa parlamentaria, pues viene, en buena medida, a sustituir la idea de que tal legitimación se deriva únicamente de la aplicación de un mandato legislativo vinculante y de contenido cerrado y predeterminado.

Como afirma precisamente Paulo Otero (2013):

> En la actualidad, paralelamente a la ley, la Administración Pública puede también ejecutar directamente la Constitución, los de Derecho Internacional Público, de Derecho de la Unión Europea, del poder judicial y del propio poder político, implicando cada una de estas situaciones variados grados de autonomía o vinculación administrativa[29] (p. 180).

En consecuencia, evocando una noción ya presentada, la ley parlamentaria no determina qué acción debe tomarse en el caso concreto, pero sí, cuál es el *resultado* a ser alcanzado por la Administración Pública, proporcionándole un abanico de posibilidades de acciones. Y, más aún, la ley parlamentaria no se encierra en sí misma. Dependerá siempre de una armonización con las normas constitucionales que dispongan sobre el tema, así que tendrá su aplicación siempre condicionada a la compatibilidad con la situación fáctica a que se destina.

Si en la generalidad de las acciones administrativas esa realidad es claramente perceptible, en la aplicación de recursos públicos presupuestarios se vuelve flagrante.

La razón para ello se deriva del hecho de que las normas jurídicas (notablemente las leyes parlamentarias) determinantes de la aplicación de recursos públicos consubstancien *políticas públicas* a ser implantadas por la Administración Pública, presentando, así, programas a ser cumplidos y objetivos a ser alcanzados, pero no acciones a emprender.

En el campo de la realización de gastos públicos, las normas jurídicas a ser aplicadas no van a predecir cuál es el contenido de los hechos, actos y negocios jurídicos administrativos.

Estas normas preverán las finalidades a alcanzar (por ejemplo, la universalización de un servicio público, la erradicación de la pobreza, la lucha contra los efectos de la sequía, la cualificación profesional, la mejora del sistema educativo, etc.), así como crear los instru-

29 En la misma senda, Simone Torricelli (2013) menciona la necesidad de cambiar de paradigma, en el ámbito europeo, acerca de la idea de soporte de legalidad del acto administrativo entre el derecho nacional y el derecho europeo, confirmando la necesidad de revisar los mecanismos tradicionales de configuración de la legalidad administrativa (pp. 149-152).

mentos para ello, *siendo responsabilidad de la Administración Pública, según sus concepciones, emplear un instrumento u otro para llegar al resultado determinado*[30].

Exactamente en este contexto, el control de la Administración Pública tendrá un papel de gran relieve, demostrando que dejará de ser un control típico de legalidad (ej., verificador de la corrección de la realización de los textos normativos aplicables) y pasará a ser un *control de resultados*[31]. En consecuencia, lo que se espera de los órganos administrativos encargados de realizar el control interno de la Administración Pública no es una verificación formal de la acción administrativa, sino el control de resultados alcanzados, probando la relación de costo y beneficio del manejo de los instrumentos creados por el sistema normativo.

Estas consideraciones son esenciales en el diseño de una "*teoría general*" del control interno de la Administración Pública porque permitirán determinar dos elementos esenciales de esa especie de control (sobre todo en lo que concierne a la aplicación de recursos públicos[32]): la necesidad de manifestación concomitante con la acción administrativa y *ex post* a ella y la objetividad de su realización.

En lo que se refiere al primer elemento, se tiene que el control interno no debe ser sólo represivo, ejercitado de manera *ex post*. Hay que también manifestarse de manera concomitante con la acción administrativa.

---

30 Sobre el tema, revisar: Coutinho, Diogo R. (2015). "O Direito nas Políticas Públicas", en: Sundfeld, Carlos Ari / Jurksaitis, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros. p. 453 y ss., así como Garcia, Maria da Glória (2009). Direito das Políticas Públicas, Coimbra: Almedina. p. 157-158.

31 Sobre el tema, revisar: Conti, José Maurício / Carvalho, André Castro. (2011). *Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal,* Direito Público, nº. 37, Porto Alegre, janeiro-fevereiro. p. 206 y ss.

32 Resaltamos aquí el campo de aplicación de recursos públicos porque se trata de aquel en que las consideraciones presentadas se manifiestan de manera más aguda, porque, como bien señala Schmidt-Assman (2006): "los controles financieros tienen una relación directa con el principio del Estado de Derecho" (p. 234, traducción nuestra), mereciendo así una posición destacada en el presente estudio. Sin embargo, todo lo afirmado se aplica también a los demás campos de incidencia del control de la Administración Pública.

Por lo tanto, corresponde al controlador verificar, de manera concomitante, si la aplicación de recursos públicos se da de acuerdo con las finalidades previstas en la ley, por medio de instrumentos legalmente previstos, y si la elección administrativa fue hecha con respecto a los imperativos de una Administración Democrática.

De la misma forma, corresponderá al controlador, en un momento posterior (*ex post*) a la aplicación de los recursos, verificar si los medios adoptados fueron *eficaces* para llegar a los resultados deseados.

Del elemento mencionado, se producirá una consecuencia muy relevante del control interno de la Administración Pública, cuál sea su naturaleza, no sólo represiva, sino también indicativa. Es decir, al constatarse que el control interno tiene que ser verificado tanto de forma concomitante, como de forma posterior, se tiene que no corresponda al controlador sólo reprimir la mala aplicación de recursos públicos. También le corresponderá dialogar con la Administración controlada en la aplicación adecuada de tales recursos[33].

En lo que se refiere al segundo elemento, se tiene que el control ejercido no se da por las convicciones del controlador, sino, a partir de parámetros esencialmente objetivos. No corresponde al controlador determinar correcciones al controlado en función de lo que le parezca más adecuado. Se le corresponde, en parámetros esencialmente objetivos, determinar si es aceptable o no la acción del controlador.

Como menciona correctamente Schmidt-Assmann (2006), en el campo del control financiero-presupuestario, se debe tener en cuenta la economía y la legalidad (en sentido amplio) del gasto público[34]. El primero representa un análisis de costo y beneficio, en el cual debe ser buscado el menor gasto posible para alcanzar el mejor resultado posible. Ya el segundo significa que los gastos deben respetar las nor-

33 Aquí puede mencionarse, por ejemplo, la hipótesis en que la Administración Pública haya escogido un medio claramente indebido para la realización de una determinada política pública, atribuyendo al controlador, antes de la producción del resultado, el deber de intervenir e imponer el rehacer de la decisión en cuanto al medio, para encontrar la solución más eficaz y más eficiente.

34 El artículo 70 de la Constitución Federal trae una regla similar, según la cual el control financiero presupuestario de la Administración Pública debe basarse en la legalidad, la economía y la legitimidad de la aplicación de los recursos públicos.

mas jurídicas aplicables (p. 225). Con ello, se ve que los parámetros del control son esencialmente objetivos.

A partir de lo expuesto, es fundamental entender que la forma de realización de la función de control no presenta más los contornos originalmente descritos. No corresponde al controlador una verificación formal de legalidad, sino un control material de alcance de resultados, a partir de parámetros fijados en la ley y en las demás fuentes regimiento del Derecho Administrativo.

En ese enfoque, se ve que la *función administrativa* de control es de gran complejidad, demandando del controlador una postura deferente de un lado, dado que no se le permite superponerse al controlado por fuerza de concepciones subjetivas, sino sólo con base en datos estrictamente objetivos, y, por otro lado, proactivos, dado que más que reprimir equívocos, corresponde al controlador acompañar y asegurar la obtención de los mejores resultados.

4. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS TRANSFORMACIONES

El estudio de la organización de la Administración, bajo la perspectiva del Derecho Administrativo, no es uniforme entre las diversas jurisdicciones. Hay casos, como el de Alemania[35], en el que forma parte de uno de los temas de la dogmática clásica del Derecho Administrativo y, por lo tanto, encuentra fértil debate doctrinal.

Hay, en contraste, casos en los que la organización de la Administración Pública no encuentra un lugar destacado en las discusiones teóricas de dicha rama del Derecho, aunque es fundamental para la comprensión de la forma de actuar del Estado[36]. Brasil se encuentra en el segundo grupo. Aunque hay manifestaciones puntuales de la doctrina, no es tema de la agenda prioritaria de los administrativistas.

35 Entre muchos otros, revisar el caso de la obra colectiva: Döhler, Marian / Franzke, Jochen / Wegrich, Kai (org.). (2015). *Der gut organisierte Staat,* Baden-Baden: Nomos.

36 Como plantea correctamente Eberhard Schmidt-Assman (2006), "la sistemática del Derecho Administrativo tiene que poner el derecho de organización de la Administración Pública en una posición central, pues es él quien permitirá las reglas de actuación y el régimen de acción de las estructuras públicas" (p. 240).

No obstante, hay puntos de convergencia en los debates (más o menos evolucionados) existentes en los más diversos países occidentales. Tales puntos se refieren esencialmente a tres cuestiones: (i) la existencia de una estructura piramidal, basada en la jerarquía de la Administración Pública[37]; (ii) la división de la Administración Pública entre directa e indirecta[38]; y (iii) la bipartición de criterios para definir la Administración Pública entre funcional y estructural[39].

Con ello, afirmamos que, con diferentes grados de profundidad de investigación académica y discusión jurisprudencial, la mayor parte de los países occidentales reconoce la Administración Pública como una estructura piramidal basada en la jerarquía, que se divide entre directa e indirecta, conforme a la relación mantenida entre el poder central y el poder periférico que lo circunda, y que a veces se encuentra conectada por un vínculo estructural y en ocasiones se encuentra conectada por el ejercicio de una función dada como típica de la Administración Pública.

Sin embargo, ocurre que la diferencia de profundización en la discusión de la organización administrativa lleva a una cristalización mayor o menor de conceptos históricos, a menudo superado, es decir, cuanto menor es el grado de profundización del estudio de la organización administrativa, más se consolidan conceptos formados históricamente y parece mayor la resistencia a cambios, lo que puede llevar a equívocos en cuanto a las características y al régimen jurídico de determinada parte de la estructura administrativa.

Una vez más, concordando con Schmidt-Assmann (2006), las teorías más tradicionales de una teoría de organización de la Administración Pública son criticables, pues no consiguen ofrecer soluciones a las cuestiones cotidianas que afectan la acción de la Administración Pública. Según el autor, las reglas de organización de la Administración Pública están directamente conectadas con las funciones por ella desempeñadas, de forma que las evoluciones y modificaciones en ta-

---

37 Sobre el tema, entre otros, revisar: Cassagne, Juan Carlos. (2011). *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo I, 10ª ed., Buenos Aires: La Ley. p. 204 y ss.

38 Sobre el tema, entre otros, revisar: Maurer, Hartmut. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª ed., München: C.H. Beck. p. 532 y ss.

39 Sobre el tema, entre otros, revisar: Ortiz, Gaspar Ariño. (2011). "Sobre el concepto de Administración Pública y el Derecho Administrativo", en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Iustel. p. 61 y ss.

les funciones deben ser reflejadas en dichas reglas (p. 240-245). Así es que, concluimos, es imposible pensar en la organización de la Administración Pública como una cuestión estática. Es –y, más aún, tiene que ser– dinámica, es por esto que deben corresponder al plexo de atribuciones administrativas.

Con eso, las ideas más tradicionales de una estructura piramidal, jerarquizada y especializada, dividida entre Administración directa e indirecta y, en ocasiones, s acoplada a otras estructuras por una unidad *funcional* debe permanecer como *regla general,* pero debe ser vista *cum grano salis* para ser generalizada, porque hay innumerables casos en que no se corresponden con las funciones desempeñadas por la Administración Pública. Es decir, el estudio de la organización administrativa es mucho más complejo de lo que parece porque no puede partir de conceptos generales aplicables a todos los casos[40].

Esta afirmación se deriva de la constatación bien demarcada por Schmidt-Assmann (2006), según la cual la realidad de los hechos y las acciones a ser emprendidas por la Administración Pública a menudo demandarán nuevos modelos, a ser creados para la solución de situaciones específicas (pp. 240-245). En ese sentido, nos parece obvio que los esquemas tradicionales encontrados en la teoría no pasen de ser un referencial, que podrá o no ser aplicado en la práctica, a partir de la situación concreta a que se pretende concretar.

Aunque la constatación precedente puede llevar a un sin número de arreglos que pueden iniciarse en los casos concretos de acción administrativa como, por ejemplo, la creación de nuevos tipos de órganos y entidades, la creación de entidades híbridas entre público y privado, etc.; nuestra preocupación aquí concierne especialmente a la forma de relación entre ciertos órganos y entidades administrativas con el poder central.

Como se dice, según las más tradicionales concepciones doctrinales, las relaciones entre los órganos y entidades de la Administración Pública con el poder central podrán ser determinadas por subordinación jerárquica (en el caso de órganos situados dentro de la Admi-

40 Valiéndonos de las precisas lecciones de Mathias Jestaedt (2008) , la Administración Pública debe ser concebida como una unidad de acción y de decisión coherente, aunque formada por órganos y entidades variadas, multiplicadas y diferentes (p. 934-935)

nistración directa) o por tutela (en el caso de entidades situadas en la Administración indirecta[41]).

Sin embargo, hay hipótesis en las cuales ni la subordinación jerárquica, ni la tutela (como concebida tradicionalmente) son efectivas para la realización de las funciones públicas que se plantea a la Administración Pública. La fragmentación del interés público, formado en la sociedad actual, por innumerables intereses públicos que, no raramente se contraponen, sumada a la necesidad de aparición entre Administración Pública y política, con valorización de criterios técnicos exentos en el proceso de toma de decisión administrativa llevan a la necesidad de formatear nuevas estructuras de Administración Pública.

Como resultado, hay una cierta ruptura con el modelo piramidal tradicional, haciendo que en su lugar se advierta un modelo de rizoma, como plantea Jacques Chevallier (2009) cuando señala que "no presenta más una estructura estable, pero se desarrolla a partir de conexiones libres establecidas entre sus elementos constitutivos" (p. 99). Esto sucede, pues la Administración Pública deja de ser fundada en la estructura jerarquizada típica de la pirámide y pasa a convivir con estructuras autónomas, que escapan de un control (utilizado aquí en la acepción de mando) resultante de relaciones de subordinación y obediencia.

Conforme a la valiosa lección de Sabino Cassese (2000):

> Las administraciones públicas son, pues, fragmentadas, ya diferenciadas. Por este motivo, es preferible decir que la administración es multiorganizativa, así como pluralista o policéntrica (p. 190).

De esta manera, se verifica que la diversidad de acciones emprendidas por la Administración Pública en el Estado contemporáneo pasa a demandar nuevas formas organizativas, que van mucho más allá de las estructuras concebidas tradicionalmente. Es necesario que parte de las funciones administrativas sean emprendidas de forma autónoma, sin ninguna sujeción al poder central, he aquí que éste es vencido

41 Sobre el tema en el Derecho brasileño, revisar: Di Pietro, Maria Sylvia. (2016). *Direito Adminsitrativo*, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 517 y ss.

por la política y el objetivo perseguido en ciertos casos demanda un completo blindaje del ambiente político[42].

En la organización administrativa piramidal y jerarquizada, la cima de la pirámide es ocupada por el jefe del Poder Ejecutivo, nombrado de acuerdo con el sistema político. A partir de su nombramiento, hay la designación de innumerables cargos en las bandas inferiores de la pirámide, que comúnmente también siguen una inclinación política, teniendo en cuenta que, como bien menciona Domenico Sorace (2012): "la administración pública se identifica como tal mientras consiste en una actividad instrumental relativa a objetivos políticos" (p. 39, traducción nuestra).

En función de la relación tradicional de legitimación de la Administración Pública a partir del cumplimiento de la ley parlamentaria no tendría que ser diferente. El ejercicio de la democracia escoge un determinado Gobierno, que pasa a formar y/o influenciar un aparato administrativo destinado a transformar en realidad las ideas sufragadas por la población en el sistema democrático.

Sin embargo, ocurre que ciertas actividades deben infundirse a la estructuración y/o a la influencia típicamente derivadas del proceso democrático electoral, por talque tutelan intereses públicos independientes de elecciones políticas, pues que conectados directamente a segmentos específicos de la sociedad y/o perennes en relación al natural cambio político del sistema democrático.

Tales intereses son puestos bajo la tutela y la curatela de porciones autónomas de la Administración Pública, que se sujetan, bajo cualquier forma, al poder político.

Adaptando las lecciones desarrolladas por Vital Moreira (2003) en el caso de las administraciones autónomas (p. 79 y ss), se puede entender que la autonomía de las fracciones de la Administración Pública tendrá lugar cuando haya: (i) intereses específicos a ser tutelados, independientes de elecciones políticas y (ii) conexión directa entre la entidad e intereses públicos identificados en el ámbito de la sociedad. O sea, la autonomización de parte de la Administración Pública

42 Thomas Groß (2008) aclara que "una independencia fáctica en el sentido de una liberación de la jerarquía será garantizada cuanto una actividad debe ser realizada de forma independiente de influencias políticas" (p. 869, traducción nuestra).

con aislamiento del campo de influencia política, tendrá lugar en la hipótesis en que el interés público a ser tutelado sea independiente de elecciones políticas y cuando la entidad que tutela ese interés tenga conexión directa con la sociedad, independiente de legitimación democrática directa.

Esta construcción no es aceptación simple si se tiene en cuenta que la legitimación de la Administración Pública deriva de la sumisión a las decisiones democráticas emanadas del Poder Legislativo. Sin embargo, es más fácil de entender a partir del momento en que se tiene claridad sobre que la democracia representativa contempla los intereses sólo de la mayoría de la población y no de su totalidad, y debe haber medios para preservar lo que es común para toda la población.

Siguiendo las siempre pertinentes lecciones de Sabino Cassese (2000), las entidades autónomas de la Administración Pública *son entidades estatales, pero no son entidades de Gobierno* (p. 195). Así es que a ellas cabe la tutela de intereses típicos del Estado y no del Gobierno en ejercicio en un determinado momento histórico, lo que trae como consecuencia el hecho de que esas entidades no tienen compromiso con la realización de una determinada política gubernamental, pero con la preservación de un elemento que constituye un interés público para toda la colectividad.

Ante estas consideraciones, se ve que la necesidad de autonomización y atribución de independencia a porciones de la Administración Pública dependerá de un examen realizado en el caso concreto que coteje la función pública a ser ejercida, su naturaleza, sus finalidades y su modo de ejercicio, infiriéndose que exista una función destinada a dar concreción a una *política pública* sufragada por los medios democráticos, o una función destinada a garantizar el adecuado funcionamiento de actividad estatal no dependiente y no vinculada a tal política pública, incluso con la capacidad de sopesar, mitigar y controlar su realización.

Consecuentemente, debe ser autónoma e independiente la parte de la Administración Pública destinada a garantizar el adecuado funcionamiento del Estado y la implantación de políticas públicas formuladas por medio de la articulación de las instituciones políticas del Estado y de las porciones de la Administración Pública destinadas a ser instrumento de realización de tales políticas. En última instancia, debe ser independiente y autónoma la parte de la Administración que

realiza arbitraje entre los intereses políticos del Estado y los intereses que son comunes a toda la sociedad, independientemente de formar parte o no de la mayoría sufragada por el sistema político-democrático. Como perfectamente apunta Jacqueline Morand-Deviller (2011), la independencia de las autoridades administrativas tiene el propósito de evitar *conflictos de interés* (p. 111).

Por lo tanto, la organización de la Administración Pública se ha vuelto mucho más compleja de lo que presuponen las concepciones más tradicionales del Derecho Administrativo. No se puede más pensar en organización tomando en consideración solo una estructura piramidal que encuentra en su cumbre un agente público escogido por medio de procesos político-electorales. La organización administrativa debe tener en cuenta la necesidad de constante arbitraje y armonización entre los más diversos intereses públicos que se plantean en el caso concreto, incluso un arbitraje entre los intereses políticos de una mayoría en cierto momento con aquellos comunes a todos los ciudadanos, consolidados y garantizados por el sistema jurídico, especialmente, por el texto constitucional.

5. POR UNA TEORÍA GENERAL DEL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los tópicos precedentes, asentamos a aquellos que nos parecían los presupuestos fundamentales para la construcción de una teoría general del control interno de la Administración Pública. En brevísima síntesis, recordemos: (i) la idea del control como *función administrativa*; (ii) el actual impacto de la democracia sobre la Administración Pública, que hace insuficiente la mera idea de que la legitimidad democrática proviene sólo del cumplimiento de leyes formuladas por medios democráticos y hace que la Administración deba, además, ser permeable a las demandas concretas de la colectividad en la ejecución de dichas leyes (democracia en el ejercicio del poder); (iii) la legalidad es hoy mucho más amplia de lo que fuera en otro tiempo, haciendo que no haya una relación de dependencia de tipicidad entre ley y acto administrativo, sobre todo en el campo de actos que impliquen gastos públicos en la realización de políticas públicas; (iv) la organización administrativa, en el contexto actual, es mucho más compleja de lo que fue en otros momentos, por tal que debe ser capaz de encontrar mecanismos de administración adverso a intereses públicos y, pues,

fugitivos de la estructura piramidal y jerarquizada tradicionalmente denotada por la doctrina.

En estos cuadrantes, nos parece que el control interno de la Administración Pública debe ser una función capaz de, a la vez, ser ejercida de forma autonómica y sistémica, con la finalidad de asegurar los presupuestos democráticos de la Administración en los días actuales, evaluando adecuadamente los criterios adoptados en la aplicación de los comandos normativos pertinentes y sin la influencia de estructuras políticas que causan la determinación y/o la influencia sobre parte del aparato administrativo.

A partir de esas finalidades a ser cumplidas por el control interno, es posible trazar lo que se podría concebir como una teoría general. Para ello, será necesario concebir tal control, a partir de los aspectos funcional, finalista, material y estructural. El análisis detallado de cada uno se encuentra en las líneas que siguen.

Bajo el aspecto funcional, el control interno de la Administración Pública debe ser visto como una *función administrativa propia y autónoma*. Es decir, tiene que existir una función de control, ejercida de manera exclusiva y típica por ciertos agentes administrativos, encargados de verificar la corrección de la actividad de otros agentes públicos delegados de realizar algo en favor de los ciudadanos.

De nuevo, concordando con las lecciones de Sabino Cassese (2000), una función administrativa puede ser individualizada y definida a partir de cuatro elementos: materia, atribuciones, fines y destinatarios (pp. 130-131). Por lo tanto, habrá una función administrativa individualizada cuando sea posible identificar en relación a ella una materia que le sea propia (lo que debe hacer el agente administrativo), un plexo de atribuciones que le sea pertinente (cuáles son las actividades desempeñadas), una finalidad a (lo que se pretende con la función) y destinatarios específicos (quién recibe los efectos del ejercicio de la función).

Así, la idea del control interno como función administrativa autónoma hace que haya: (i) una materia específica a ser explotada, consistente en la verificación de la lisura y de la corrección de la actuación de otros agentes públicos; (ii) un conjunto de atribuciones (ejemplo, competencias) a ser desempeñadas por los agentes encargados del ejercicio de la función consistentes en la realización de auditorías, inspecciones, verificaciones, etc., así como en la recepción y enjuiciamiento de pedi-

dos hechos por particulares; (iii) una finalidad a ser alcanzada, sea cual sea la garantía de buen funcionamiento de las actividades atribuidas a la Administración Pública, con el buen uso de recursos públicos y el cumplimiento de los actos normativos aplicables; y (iv) destinatarios específicos que son los propios agentes públicos controlados, de forma inmediata, y la sociedad en su totalidad, de forma mediata.

Como ya tuvimos la oportunidad de delinear en el estudio mencionado anteriormente, hay diversas actividades desarrolladas por los agentes de la Administración Pública que pueden ser consideradas formas de control (por ejemplo, el control ejercido por el superior en el ámbito del poder jerárquico). Sin embargo, estas diversas actividades de control no pueden ser consideradas como el control interno de la Administración Pública porque s*on actividades desempeñadas de forma accesoria en el ejercicio de otras funciones*[43].

Es decir pese a haber actividades que conducen a una capacidad de control, estas no contemplan esas una *función de control,* por ello que sólo se confiere cualquier capacidad de controlar tercero de forma accesoria y lateral a otra función pública predominante (p.ej., no es función exclusiva del superior jerárquico controlar su inferior, lo hace de manera accesoria al ejercicio de otra función). Así es que el control interno debe ser aquel funcionalizado, individualizado, especializado y ejercido con exclusividad por órgano o entidad integrante de la Administración Pública, el cual, inclusive, se superpone a otros mecanismos de control existentes de forma accesoria en otras funciones públicas (por ejemplo, la función de control interno especializado se ejerce, aunque haya manifestaciones de control jerárquico o control previo por medio de consultorías de la Administración Pública).

43 Como pudimos relacionar en el estudio mencionado, en breve síntesis, la idea de control remite a diversas relaciones jurídicas mantenidas entre los agentes de la Administración Pública, pudiendo haber mecanismos de control previo (consultorías jurídicas que se manifiestan previamente a los actos de la Administración Pública), mecanismos de control concomitante, por medio de mecanismos de acompañamiento típicos de la tutela existente entre la Administración directa y la Administración indirecta y mecanismos de control a posteriori, como aquellos manifestados en el ámbito del poder jerárquico. Sin embargo, en todos estos casos, la función de control es manejada de manera accesoria a otras funciones, sin ninguna forma de individualización y especialización, lo que las diferencia, por lo tanto, de lo que aquí se toma por control interno de la Administración Pública. Sobre el tema, revisar: Schirato, Vitor Rhein. (2015, p. 33 y ss).

En la definición de una función pública de control interno de la Administración Pública, es posible separar la materia entre *control de la legalidad y control del buen empleo de recursos públicos*. En la primera, se centraría en la verificación del cumplimiento, por la Administración Pública, de los actos normativos que le son aplicables y, principalmente, el respeto al plexo de derechos asegurados a los ciudadanos. En la segunda, habría el foco en controlar la actividad financiera de la Administración Pública, en cuanto a la aplicación de recursos públicos para la consecución de fines públicos.

Como se describe más adelante, esta segregación se verifica en varios países. Sin embargo, en la actual etapa de desarrollo del Derecho Administrativo y ante la construcción de las normas a ser aplicadas por la Administración Pública, cada vez más preñadas de considerable margen de discrecionalidad, una división puede traer más dudas que certezas.

En última instancia, todas las cuestiones se refieren a la legalidad, mostrando así una considerable ampliación de esta idea. La pretensión de segregar la legalidad del gasto de recursos públicos todavía refleja, en cierta medida, la superada segregación entre legalidad y mérito de los actos administrativos.

Considerando la actividad de la Administración Pública como aquella que realiza funciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico de forma a alcanzar finalidades previamente colocadas[44], resulta ser indiferente el análisis de la legalidad de gastos públicos o la legalidad de otras acciones administrativas, de forma que la función pública de control interno podrá englobar el análisis de la legalidad (en sentido amplio) de todas las actividades administrativas desempeñadas.

En el aspecto finalista, la función pública de control interno de la Administración Pública se concentra en asegurar que las actividades administrativas se realicen con la debida observancia de las normas jurídicas que le delimitan. Como menciona acertadamente Mathias Jestaedt (2008), la idea de control se conecta a las ideas de objetivo y alcance de metas; es decir, corresponde al controlador verificar qué objetivos (o finalidades) son impuestos al agente público y si, dentro de ese plexo de objetivos, hubo el alcance de las metas impuestas (pp. 937-938).

44 Se hace, aquí, nuevamente, referencia del pensamiento de Sorace (2012), en la medida en que se concuerda con la idea de que el tipo de función a ser ejercida determinará las características específicas de la Administración Pública (p. 91 y ss).

En el contexto actual de Administración Pública democrática, el prisma finalista del control interno tiene su gran importancia considerada. La razón para ello es obvia: las finalidades que se imponen a la Administración Pública no se derivan sólo de la ley parlamentaria, sino también de mecanismos de permeabilidad a las demandas de la sociedad en el caso concreto. Así, es fundamental que se controlen las elecciones administrativas impositivas de finalidad a alcanzar, dentro de un enorme abanico posible puesto por la ley parlamentaria.

En el contexto actual, imaginar que la legitimación democrática se deriva sólo del sistema político-electoral permitiría que se creara regímenes absolutistas con plazo determinado. He aquí que ya no hay una vinculación directa de la Administración Pública a la ley parlamentaria, en la medida en que el contenido de esa ley, si es más fluido, abierto y, por lo tanto, estableciendo un conjunto vasto de opciones posibles para el caso concreto.

Es fundamental que haya mecanismos de conexión directa entre la Administración y la sociedad para que la decisión administrativa logre realizar los intereses de la colectividad que la demandan[45].

Como consecuencia, es esencial que haya control de las decisiones tomadas, con el objetivo de verificar si éstas, efectivamente, reflejan la situación fáctica subyacente verificada en la sociedad, o si son fruto de una decisión unilateral e irreflexiva del agente público. En última instancia, es fundamental que se realice un control sobre la efectiva existencia de democracia en el *ejercicio del poder,* además de la tradicional democracia en el acceso al poder.

En el aspecto material, la función administrativa de control consiste en la verificación, concomitante a posteriori, de conformidad de la aplicación de actos normativos por la Administración Pública. Sin embargo, no se resume la actividad en comento al control de legalidad comúnmente considerado por la doctrina del Derecho Administrativo, es así que engloba más que simplemente verificar la subsunción del acto administrativo al mando normativo que lo prevé.

45 Como afirma Schimdt-Assmann (2006), la apertura de la Administración Pública al diálogo con la sociedad crea una forma especial de relación social y gana gran relieve en la mejora de la calidad de las decisiones administrativas (p. 109).

Las actividades a ser desempeñadas en el ámbito del control interno de la Administración Pública, en la actualidad, engloban esencialmente dos exámenes distintos. El primero es de una compatibilidad material entre el acto producido y la regla de competencia que permite su realización, o sea, la verificación de que el agente administrativo practica actos compatibles con los límites materiales de su actuación, así como para el alcance de las finalidades públicas que se le impone. El segundo es de una compatibilidad formal entre el acto producido y las normas que determinan el *procedimiento* necesario para su producción; se trata de un análisis de cumplimiento de las normas de derecho administrativo procesal que determinan cómo debe producirse un determinado acto de la Administración Pública.

Es importante destacar que el prisma material del control interno de la Administración Pública debe consistir en la verificación del efectivo alcance de los resultados que se imponen a la Administración Pública, a partir de la regla de competencia aplicable, así como del respeto a las normas procesales que determinan cómo la competencia debe ser administrada[46].

Se debe subrayar que no corresponde al controlador, en el ejercicio de su atribución, sustituir al administrativo y determinar cuál es el resultado que se alcanzará. Es decir, no implica el ejercicio del poder del controlador determinar cuál debería ser la decisión correcta del controlado.

El controlador simplemente apunta el alcance o no de los resultados pretendidos o, según el caso, el incumplimiento de normas procesales, imponiendo al controlado el deber de *rehacer* el acto controlado, escogiéndose los vicios señalados.

El examen de compatibilidad –tanto formal como material– emprendimiento por la función de control interno podrá ocurrir de forma concomitante con la práctica del acto, como en las hipótesis en que corresponde al controlador acompañar la realización de una determinada política pública de largo plazo (control preventivo), así como de forma posterior, cuando la acción de control se da *después* de

46 Es necesario hacer mención aquí la clásica lección de Feliciano Benvenuti (1952) según la cual el proceso administrativo no es más que la regla que disciplina el camino de la transformación de la función en acto. (pp. 118-144). En el mismo sentido, Cassese (2000, p. 310).

la práctica del acto (control represivo[47]). El control concomitante es muy común en lo que se refiere al control financiero-presupuestario de la Administración Pública. El control posterior ocurre en todas las hipótesis, ya que siempre será necesaria la apreciación de respeto del manejo de competencias a sus cuadrantes normativos.

Por último, bajo el *aspecto estructural,* se tiene que la función administrativa de control interno *debe ser ejercida de forma independiente,* por medio de órganos o entidades dotados de reforzada autonomía y sin vínculos de jerarquía y subordinación en relación al poder central.

En lo anteriormente mencionado, hay casos en que debe garantizarse la porción de la Administración Pública reforzada de autonomía, con independencia en relación al poder central. Las hipótesis en que tal situación se verifica refieren a aquellas en las que hay la necesidad de preservación de ciertas decisiones administrativas del ambiente político que construye o influencia fracciones de la Administración Pública.

La complejidad de que está dotada la Administración Pública en los días actuales hace que le sean atribuidos innumerables intereses públicos a ser tutelados y, por consiguiente, se hace necesario que ciertos de esos intereses sean tutelados sin influencias políticas, para evitar conflictos de intereses y para que haya un trato imparcial por el aparato público competente.

En el caso de la función de control, la necesidad de independencia es flagrante. En el marco de las consideraciones precedentes, la función de control implica la capacidad de una parte de la Administración Pública de verificar la compatibilidad de la acción administrativa con los actos normativos que la disciplinan, el efectivo alcance de resultados impuestos a la administración y, finalmente, el correcto funcionamiento de la máquina administrativa. Es decir, por medio del control interno hay una constante evaluación de la efectividad y respeto a las reglas de Derecho por parte de la Administración Pública.

Se trata, por lo tanto, de actividad que suscita notables conflictos de interés. Muchas veces, no es de interés del cuerpo político de la Administración Pública un escrutinio acerca de su efectividad (o, más

47 Se entiende esto, siguiendo lo planteado por Jestaeddt (2008, p. 939).

aún, de las políticas públicas por él desarrolladas), mucho menos del efectivo respeto a las normas que cubren la acción administrativa[48].

De lo contrario, es evidente que el control debe ser ejercido de forma independiente e imparcial. No puede haber, en relación al control, injerencias que limiten, direccionen o distorsionen las acciones de control, so pena de hacerlas completamente inocuas. El control tiene que ser garante de una Administración Pública técnica, imparcial, impersonal y volcada a la colectividad, de forma que no puede estar comprometido, *a priori*, con cualquier interés tendencioso en cualquier lado.

El cuadro actual de evolución del Derecho Administrativo, narrado en los tópicos precedentes, demuestra de forma clara, la necesidad de independencia de los órganos encargados de realizar el control interno de la Administración Pública.

Originalmente, la idea de vinculación de la Administración Pública a la ley parlamentaria prestaba a la solución de dos conflictos inherentes a la constitución del Estado: la legitimación democrática de la Administración Pública y la demarcación precisa de sus campos de actuación. En ese escenario, los mecanismos de control existentes en la estructura convencional de Administración Pública; principalmente, el control jerárquico eran suficientes. La razón para ello es muy simple: el actuar de la Administración Pública era previa y exhaustivamente previsto en la ley y, al realizar las acciones dentro de ese espacio legal, había legitimidad. Con ello, la transgresión a la ley implicaba, exclusiva y automáticamente, violación a la legitimidad y podría ser corregido sólo por los propios medios de la Administración Pública.

En el actual escenario, como ya se ha hecho en este estudio, la legitimidad democrática trasciende el simple cumplimiento de la ley parlamentaria, así como la relación entre Administración Pública y ley se vuelve mucho más abierta. Se reconoce, por lo tanto, un campo de voluntad propia de la Administración Pública, consistente en la capacidad de tomar decisiones discrecionales resultantes de la ponderación y de

48 Desde hace mucho, es común –no sólo en Brasil– que se utilicen medios de la Administración Pública para el desvío de recursos a ser utilizados en el proceso político, así como diversas son las experiencias en que se utiliza el aparato administrativo con desvío, para el alcance de fines sólo políticos, lo que ilustra de manera evidente el conflicto resultante de la actividad de control de la Administración Pública.

la ponderación de diversos intereses públicos que se plantean en el caso concreto y que encuentran guarida en el ordenamiento jurídico.

Como contrabalanceo al aumento del campo de libertad de la Administración Pública, hay que existir intensificación del control. Sin embargo, no sólo una intensificación en el sentido del aumento del campo de incidencia, sino también una intensificación relacionada con las características de quien ejerce el control. Si, actualmente, se utilizan los instrumentos de control presentes en las concepciones más convencionales de organización administrativa (basadas en relaciones de jerarquía y subordinación), habría una clara insuficiencia, por tal que emergerían enormes conflictos de interés dado el carácter muchas politizado de las decisiones tomadas, sobre todo considerando que cuanto más alta jerarquía de un agente público mayor será la influencia política que sufrirá, afectando la exención de su decisión.

En ese escenario, es imperativo reconocer que el control interno debe ser ejercido de forma independiente. La Administración Pública contemporánea está impregnada por un gran número de (sanos) conflictos de intereses, correspondiendo al controlador, de forma exenta e imparcial, identificar si se utilizaron los medios correctos para arbitrar tales conflictos.

El interés público tutelado por los órganos de control no debe rendir cuentas al poder político, sino a la sociedad (el controlador, en última instancia, es un defensor de la sociedad), lo que determina la necesidad de su independencia del poder central.

La forma en que la independencia de los órganos de control debe ser garantizada variará. Podría haber la constitución de un *órgano administrativo especial*, con autonomía e independencia aseguradas por ley, pero sin la constituida personalidad jurídica propia. O puede haber la creación de nueva persona jurídica, dotada de autonomía e independencia aseguradas por ley (Cassese, 2000, p. 195).

La forma en sí no importa. Es importante que los órganos de control sean formados por agentes independientes, bajo el liderazgo de jefes nombrados por mandatos e impasibles de destitución *ad nutum* por el Jefe del Poder Ejecutivo o cualquier otro agente político relevante. Así, es necesario que los agentes de control tengan asegurados fondos presupuestarios propios, no sujetos a contingencias discrecionales por

el poder central, suficientes para el desarrollo de las acciones de control que se les asignan.

Ante las consideraciones precedentes, se ve que el Estado policéntrico hoy existente predica la constitución de un centro de competencia autónomo e independiente para el ejercicio de la actividad de control, pues sólo de esta forma serán excluidos del control los conflictos de interés típicos de la influencia política existente sobre la Administración Pública.

Al fin y al cabo, el control independiente es una de las formas de garantizar que no haya solo democracia en la regulación del acceso al poder, sino también en la democracia en el ejercicio del poder. La actual forma de ejercicio del poder permite considerable influencia de concepciones políticas como forma de asegurar la democracia. Sin embargo, es necesario que haya una instancia independiente de influencias políticas para verificar si la Administración Pública es efectivamente permeable a las demandas de la sociedad (democrática en el ejercicio del poder) o si se dirige sólo a intereses políticos que, cuando mucho, alcanzan sólo parcelas de la población (democrática sólo en el acceso al poder, pero nada democrática en el ejercicio del poder).

5.1. Prueba de la Teoría del Control Interno en el Derecho Comparado

Una vez presentada la que nos parece ser la *teoría general del control interno de la Administración Pública* (aunque provenga de una voz aislada), nos corresponde hacer una pequeña prueba acerca de su aceptación por diversos ordenamientos jurídicos.

La finalidad buscada es verificar si, en la generalidad de los casos, la teoría propuesta encuentra alguna resonancia. Por tanto, no se busca proclamar una teoría que generaliza el control interno en los más diferentes sistemas, lo que evidentemente, sería imposible

Los sistemas elegidos para la comparación fueron seleccionados a partir de sistemas que guardan semejanzas (e incluso influencia) en relación al Derecho Administrativo Brasileño y sistemas que no se asemejan a Brasil.

5.1.1. Francia

El sistema francés de control interno de la Administración Pública está formado por diversos órganos. En consonancia con las lecciones de Bernard Stirn (2011), hay diversas entidades encargadas de promover la realización de derechos fundamentales que ejercen actividades de control de la Administración Pública, mitigando sus poderes frente a los particulares: por ejemplo, *Médiateur de la Republique, Commission nationale de l'informatique et des libertés y Commission d'accès aux documents administratifs* (p. 181).

Además, como señala Morand-Deviller (2011), hay varios *corps d'inspecion et de controle,* que desarrollan actividades de verificación y seguimiento de la Administración Pública, teniendo la capacidad, por lo tanto, de ejercer partes de la función pública de control (pp. 108-109).

En el caso de las entidades de promoción de derechos fundamentales, tienen su constitución formal como *autoridades independientes*, y se les otorga independencia y autonomía frente al poder central (Stirn, 2011, p. 1983-184). En el caso de las demás entidades encargadas de realizar inspecciones de las actividades ejercidas por la Administración Pública se da también la garantía de independencia de sus funcionarios de los demás cuadros de la Administración Pública, independientemente de su constitución como *autoridades independientes.* Como señala Morand-Deviller (2011), de esta manera se ejerce una forma de control jurisdiccional (p. 109).

Ante estas consideraciones, es posible llegar a la conclusión de que el sistema francés de control interno de la Administración Pública está parcialmente adherido a la teoría general del control administrativo ya propuesta. En lo que se refiere a los aspectos finalistas, material y estructural, se tiene perfecta adherencia, ya que los órganos de control interno tienen la finalidad de garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública, la correcta observancia a las normas que le rigen la actuación, así como están dotados de independencia frente al poder central. Sólo en lo que se refiere al aspecto funcional que hay ligera divergencia, ya que la función no es centralizada en un mismo órgano, sino distribuida entre diversos. Sin embargo, es posible afirmar que la teoría ya propuesta se encuentra resonando en el sistema francés.

5.1.2. Alemania

En consonancia con el artículo 84, 3, de la Constitución Alemana, el Gobierno Federal tiene la capacidad de controlar la aplicación de ley federal por los estados alemanes de acuerdo con la vigencia de las normas federales aplicables. De acuerdo con el artículo 85, 4, del mismo texto constitucional, el Gobierno federal tiene la capacidad de controlar la legalidad y la finalidad de la aplicación del derecho federal por los Estados.

Por lo tanto, en ambos casos, existe claramente la previsión de mecanismos de control interno de la Administración Pública; es decir en la hipótesis del artículo 84, hay la competencia de los órganos responsables de las transferencias de recursos de hacer el control (Jarass y Pieroth, 2009, p. 880.) y en la hipótesis del artículo 85 hay una competencia genérica para cualquier órgano federal implicado de practicar el control (Jarass y Pieroth, 2009, p. 885).

Las formas de acción del control y los resultados del control interno son variadas, tanto en sus especies como en sus actividades, pudiendo dar lugar a medidas como exigencia de informaciones, suspensión de los efectos de ciertos actos, intervenciones, entre otras (Jestaedt, 2008, p. 939).

De un breve análisis del sistema alemán, se percibe que la teoría desarrollada en el presente estudio no encuentra perfecta adherencia en lo que concierne a la estructura.

La razón para tal afirmación deriva de las siguientes constataciones: (i) el control interno no es ni funcionalizado individualmente, ni autonomizado, y he aquí que emprendido por diversos órganos y entidades, y por medio de diversos mecanismos (Schmidt-Assmann, 2006, p. 233); y (ii) como consecuencia, el control interno no es ejercido de forma independiente, en el sentido propuesto en este estudio, sino que se ejerce dentro de una estructura jerarquizada.

No obstante, en lo que se refiere a los aspectos finalistas y materiales del control interno, hay una adherencia a la teoría propuesta. He aquí que forma parte del alcance del control la verificación del logro de *finalidades* y el respeto a la *legalidad*, tomando ésta en sentido amplio

Por último, es importante mencionar que las normas de proceso administrativo desempeñan un papel fundamental en la regulación del control interno de la Administración Pública, es por esto que rigen tanto reclamaciones de particulares contra acciones administrativas, como el camino a ser trillado por la Administración en el manejo del control de sus propios órganos.

5.1.3. Suiza

El sistema suizo es similar al alemán en lo que se refiere al control interno de la Administración Pública. El deber de la Administración de controlar sus actos es claramente reconocido por el sistema. Sin embargo, tal control es emprendido por los órganos superiores en relación a los inferiores, dentro de una estructura jerarquizada de la Administración Pública (Häfelin, Müller, y Uhlmann, 2006, p. 374.). También en el caso suizo, las normas de proceso administrativo desempeñan un papel importante en la regulación del control interno.

Como consecuencia, es posible teñir el mismo comentario presentado en relación al sistema alemán: hay adherencia a la teoría presentada en cuanto a los aspectos material y finalistas del control interno; pero no hay adherencia en lo referido a los aspectos funcional y estructural, por tanto no hay una función autónoma de control, tampoco un órgano especializado e independiente para emprenderla.

5.1.4. Reino Unido

El sistema de control interno de la Administración Pública en el Reino Unido es de los más interesantes. Como señala Alex Carrol (2013), actualmente, la defensa de derechos de particulares frente a la Administración Pública se hace con mayor frecuencia a través del sistema administrativo de control que por medio del sistema judicial (p. 641).

En el sistema en análisis, el control interno de la Administración Pública se divide en dos grandes grupos conforme a los respectivos objetivos del control. Existen los mecanismos de control presupuestario, financiero y de lisura en relación a la cosa pública y hay el mecanismo de control de legalidad en relación a los actos de la Administración Pública sobre los particulares.

El primero es manejado por la *Government Internal Audit Agency* (GIAA), una agencia ejecutiva vinculada al *Her Majesty's Treasury.* Como anota Paul Craig (2012), las agencias ejecutivas son entidades sin personalidad jurídica, vinculadas a los diferentes *departments* del Gobierno del Reino Unido. Por regla general, están sujetas a un poder jerárquico ejercido por el jefe de la respectiva cartera, pero hay diferentes tipos de organización, que pueden, incluso, prever un mayor nivel de independencia y autonomía (pp. 83-87). Exactamente, este es el caso de la GIAA, que goza de independencia en el ejercicio de sus funciones de auditoría.

Por otro lado, el control de legalidad de la acción administrativa frente a los particulares es realizado por diversos tribunals. En consonancia con los comentarios de Craig (2012), el término tribunals comprende una gama considerable de arreglos. Sin embargo, según el autor, un conjunto común de atribuciones particulariza los tribunals, a saber:

> La capacidad de determinar decisiones finales y ejecutables, sujetas a la revisión de la Corte de Apelaciones; independencia de cualquier departamento del gobierno; conducción de audiencias de naturaleza judicial; dotación de expertise; obligatoriedad de fundamentar sus decisiones; y el suministro de recurso a la Alta Court sobre cuestiones legales (pp. 232-233, traducción nuestra) .

El actual diseño de los *tribunals* consta en el *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, de 2007. Dicho diploma normativo se basó en un informe titulado *Legatt Report*, del año 2000, según el cual los *tribunals* deberían funcionar como un servicio puesto bajo la administración de una *executive agency.*

En cualquier caso, el sistema de los *tribunals* tendría que contar con total independencia de las autoridades del Gobierno cuyas decisiones se pusieran en cuestionamiento ante los tribunals (Craig, 2012, pp. 235-237).

En este escenario, los *tribunals* son órganos del Gobierno, dotados de completa independencia, que tienen como atribución proferir decisiones acerca de pretensiones de particulares contra la Administración Pública. Hay un gran número de *tribunals*, constituidos en función de las materias a ser discutidas. Por ejemplo: educación, salud, previsión,

tratamiento de extranjeros, etc. (Carrol, 2013, pp. 641-642.), lo que denota alto grado de especialización del control ejercido.

Ante estas consideraciones teóricas, se verifica que el sistema de control interno de la Administración Pública en el Reino Unido presenta una gran adherencia a la teoría que presentamos en el presente estudio.

Esto ocurre, pues, dicho sistema de control (a) es altamente funcionalizado, sea en lo que concierne a la legalidad de las acciones administrativas, demostrando adherencia al *aspecto funcional* demostrado más arriba; (b) tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de metas y objetivos impuestos por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, incluso en lo que se refiere a los aspectos procedimentales de diálogo con la población[49], demostrando adherencia al *aspecto finalista*; (c) materialmente, asegura la compatibilidad entre las acciones administrativas y el ordenamiento jurídico subyacente, demostrando adherencia al *aspecto material;* y (d) es ejercido de forma completamente independiente del resto de la Administración Pública, no habiendo ninguna injerencia jerárquica sobre la actividad del controlador, demostrando plena adherencia al aspecto estructural.

5.1.5. Brasil

El sistema brasileño de control interno de la Administración Pública viene siendo alterado con alguna frecuencia desde la edición de la Constitución Federal de 1988, con la finalidad de crear una organización administrativa funcional, responsiva y sujeta a un control eficaz. La última modificación se produjo por medio de la edición de la Medida Provisional nº726, de 12 de mayo de 2016, que sustituyó a la Contraloría General de la Unión por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control.

La idea de un sistema de control interno de la Administración Pública existe de manera sistematizada en el derecho positivo desde la edición del Decreto-Ley nº 200, de 25 de febrero de 1967, que creó la ley orgánica de la Administración Pública Federal.

49 Como bien señala Carrol (2013) es de incumbencia de los *tribunals* la realización de audiencias públicas (*public inquires*), destinadas a la obtención de datos e informaciones que puedan subsidiar decisiones que puedan tener gran repercusión sobre la sociedad (pp. 642- 643).

En el artículo 13 de dicho diploma, el control interno de la Administración Pública sería realizado por tres mecanismos específicos: (i) control jerárquico, (ii) control ejercido por órganos propios de cada sistema y (iii) control presupuestario por mecanismos de auditoría y contabilidad.

Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, fue determinada por el artículo 74[50], la obligatoriedad de que los poderes ejecutivos de los tres niveles federativos de Brasil mantuvieran sistema de control interno de la Administración Pública, destinado a verificar el cumplimiento de metas, la legalidad y la eficiencia de los actos, el cumplimiento de las normas relativas a la contratación de operación de crédito y que fuera capaz de auxiliar la realización del control externo, notablemente aquel ejercido por los Tribunales de Cuentas, con base en el artículo 71 también de la Constitución Federal.

Hasta el advenimiento de la Ley Federal nº 10.683, de 28 de mayo de 2003, el control interno determinado por el artículo 74 de la Constitución Federal era desempeñado por diversos órganos integrantes de la Administración directa federal, principalmente por secretarías de control integrantes de la estructura de cada ministerio.

Con la edición de dicha ley, la actividad de control interno de la Administración Pública Federal pasó a ser centralizada en manos de la Contraloría General de la Unión (CGU), órgano federal con status de Ministerio.

50 Dispone la norma mencionada (in verbis): "Art. 74. Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial mantendrán, de forma integrada, sistema de control interno con la finalidad de: I - evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión; II - comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en los órganos y entidades de la administración federal, así como de la aplicación de recursos públicos por entidades de derecho privado; III - ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, así como de los derechos y haberes de la Unión; IV - apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional. § 1º Los responsables del control interno, al tomar conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, de ella darán conocimiento al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria. § 2º Todo ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para, en la forma de la ley, denunciar irregularidades o ilegalidades ante el Tribunal de Cuentas de la Unión".

En los términos del artículo 17 de la ley en comento, la CGU pasó a tener la competencia de “asistir directa e inmediatamente al Presidente de la República en el desempeño de sus atribuciones, en cuanto a los asuntos y providencias que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean atinentes a la defensa del patrimonio público, al control interno, a la auditoría pública, a las actividades de oidoría general y al incremento de la transparencia de la gestión en el ámbito de la Administración Pública Federal”.

Recientemente, la CGU fue sustituida por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control, como ya resaltado. Substancialmente, las competencias del nuevo ministerio son las mismas que antes ya atribuidas a la CGU (hasta porque derivadas directamente de la Constitución Federal). Desde el punto de vista orgánico, las características de ambos órganos son las mismas: ministerios integrantes de la Administración Directa, sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República, en consonancia con el artículo 84 de la Constitución Federal.

Es verdad que hay otros órganos de control interno de la Administración, como corregidoras, comisiones de ética, etc.; sin embargo, son órganos de gran especialización, con campo de actuación limitada. Sin duda, el control emprendido por el Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control es el más amplio.

Al analizarse el escenario brasileño, es posible afirmar que hay adherencia sólo parcial a la teoría presentada para el control interno de la Administración Pública. Esto se debe a las siguientes consideraciones: (i) en lo que se refiere al aspecto funcional del control, hay funcionalización y autonomización en la estructura del ministerio competente, que ejerce de manera centralizada el control tanto patrimonial, como de legalidad considerada en sentido más estricto; (ii) en lo que se refiere al aspecto finalista, las atribuciones de control son lo suficientemente amplias para asegurar que hay adherencia, sobre todo al tener en cuenta que los incisos I y II del artículo 74 de la Constitución Federal expresamente destaca el ejercicio del control de los *propósitos*, así como el control de la *legalidad*; (iii) en lo que se refiere al aspecto material, no nos parece también haber dudas de adherencia, por tal que el control –al menos en tesis– se desarrolla con base en la legalidad material (considerada ampliamente) y en la legalidad formal de las acciones administrativas; y (iv) en lo que se refiere al aspecto estructural, se ve que no hay ninguna adherencia, he aquí que el control interno es centralizado en un ministerio, subordinado jerár-

quicamente a la Presidencia de la República y, por lo tanto, no dotado de independencia.

De esta manera, incluso, nos parece que la falta de independencia del órgano de control es el punto más sensible de la estructura de control interno brasileña. En cierta medida, esa estructura subordina el control interno a intereses políticos, en la medida en que siempre habrá sujeción del controlador al poder central, de índole política, lo que perjudica sensiblemente la imparcialidad del control, principalmente en temas de gran sensibilidad como combate a la corrupción[51], juicio de la corrección de la ejecución de políticas públicas y verificación del logro de metas.

6. CONCLUSIONES

El objetivo del presente estudio fue demostrar cómo el control interno de la Administración Pública ganó relevo en las últimas décadas. Las alteraciones verificadas en la sociedad, que implicaron considerables cambios en las configuraciones del Estado contemporáneo, no nos permiten permanecer aferrados a las mismas concepciones de estructura de la Administración Pública y de su relación con el control.

De la misma forma, la enorme complejidad de la acción administrativa, el aumento exponencial del poder atribuido a la Administración Pública y la capacidad creativa que se le atribuye de realizar el interés de la colectividad en el caso concreto ya no permiten imaginar una estructura de control calcada en el control externo, y en aquel desempeñado en las estructuras jerarquizadas del aparato administrativo. Los intereses imbricados dentro de la Administración Pública y sus relaciones con la sociedad demandan una reformulación del pensamiento existente.

51 En ese campo, el mayor obstáculo que vemos a la plena aplicación de la Ley 12.846, del 1 de agosto de 2013, es exactamente el sistema de control interno brasileño. La referida ley contempla un conjunto de infracciones y sanciones aplicables a casos de corrupción, que deben aplicarse en el ámbito administrativo, con fuerte inspiración en lo *Bribary Act* del Reino Unido. Ocurre, sin embargo, que la falta de mecanismos de aislamiento de intereses políticos en la aplicación de la ley puede generar exactamente los efectos contrarios a los que se espera, ya que hay amplia apertura para manejo de competencias con desviación de poder.

Y es, precisamente, para traer alguna luz a las cuestiones hoy enfrentadas, que proponemos una teoría de fortalecimiento del control interno de la Administración Pública, con su funcionalización, autonomización e independencia en relación a los demás aparatos administrativos.

A partir de la aplicación de la teoría propuesta, a lo que nos parece, la Administración se encontraría en una situación mucho más favorable de responder a las demandas sociales que se le plantean y actuar de manera lícita, proba y eficiente, reduciendo la necesidad de la constante intervención del control externo verificado en diversas jurisdicciones.

En suma, pues, el control interno de la Administración Pública debe ser visto como una herramienta destinada a resolver un problema del Estado contemporáneo y no un problema del Estado contemporáneo, como todavía –increíblemente– pugna parte de la doctrina brasileña.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, F. (2015). *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin.

Benvenuti, F. (1952). "Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo", en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, jan. /mar, tomo I.

Carrol, A. (2013). *Constitutional and Administrative Law*, 7a ed. Harlow: Pearson.

Cassagne, J. (2011). *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo I, 10ª ed. Buenos Aires: La Ley.

Cassese, S. (2000). *Le Basi del Diritto Amministrativo,* 9ª ed. Milán: Garzanti.

Chevallier, J. (2009). *O Estado Pós-Moderno Belo Horizonte: Fórum, trad*. Marçal Justen Filho.

Conti, J. y Carvalho, A. (2011). *Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, Direito Público, nº. 37. Porto Alegre, janeiro-fevereiro.

Coutinho, D. (2015). “O Direito nas Políticas Públicas”, en: Sundfeld, C., Jurksaitis, G. (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros.

Craig, P. (2012). *Adminsitrative Law,* 7ª ed. Londres: Sweet & Maxwell.

D’alberti, M. (2012). *Lezioni di Diritto Amministrativo.* Turín: Giappichelli.

Di Pietro, Maria Sylvia. (2016). *Direito Adminsitrativo,* 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Döhler, M., Franzke, J. y Wegrich, K. (2015). *Der gut organisierte Staat.* Baden-Baden: Nomos.

Falcon, G. (2014). *Lineamenti di Diritto Pubblico,* 13ª ed. Padua: CEDAM.

Fracchia, F. (2014). “I Principi Costituzionali”, en *Manuale di Diritto Pubblico.* Nápoles: Editoriale Scientifica.

Garcia, M. da G. (2009). *Direito das Políticas Públicas.* Coimbra: Almedina.

Groß, Th. (2008).“Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit”, en Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Assmann, E. y Voßkuhle, A. (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I. München: C.H. Beck.

Häfelin, U., Müller, G. y Uhlmann, Fe. (2006). *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 5ª ed.. Zürich: Schulthess.

Jarass, H. D. y PIeroth, B. (2009). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10ª ed. München: C.H. Beck, 2009.

Jestaedt, M. (2008). “Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts”, en Hoffmannriem, W., Schmidt-Assmann, E. / Voßkuhle, A. (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts,* Band I. München: C.H. Beck.
Marques, F. de A. (2002). *Regulação Estatal e Interesse Público.* São Paulo: Malheiros.

Marques, F. de A. (2009). “Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública”, en Modesto, P. (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum.

Maurer, H. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 18ª ed. München: C.H. Beck.

Medauar, O. (2003). *Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

Medauar, O. (2014). *Controle da Administração Pública,* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mello, C. (2012). *Curso de Direito Administrativos*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros.

Morand-Deviller, J. (2011). *Droit Administratif,* 12ª ed. París: Montchrestien.

Moreira, V. (2003). *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1ª reimpresión.

Ortiz, G. (2011). “Sobre el concepto de Adminsitración Pública y el Derecho Administrativo”, en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Iustel.

Otero, P. (2013). Manual de Direito Adminsitrativo, vol. I. Coimbra: Almedina. Schirato, V. (2015). “O Controle Interno da Administração Pública e seus Mecanismos”, en *Revista dos Tribunais*, vol. 956, año 104, julio de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Schirato, V. (2016). “Legalidade e Tipicidade no Exercício da Função Sancionadora pela Administração Pública”, en: Asociación Peruana de Derecho Administrativo (org.). *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable*. Lima: Thomson Reuters.

Schmidt-Assmann, E. (2006). *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,* 2a ed. Heidelberg: Springer.

Sorace, D. (2012). *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 6ª ed. Bolonia: il Mulino.

Stirn, B. (2011). *Les Sources Constitutionelles du Droit Administratif*, 7a ed. París: L.G.D.J.

Torricelli, S. (2013). *Libertà Economiche Europee e Regime del Provvedimento Amministrativo Nazionale*. Santarcangelo di Campagna: Maggioli.

Recibido: 13 de diciembre de 2018

Aceptado: 10 de abril de 2019

Vitor Rhein Schirato: Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP)

Correo electrónico: vrschirato@usp.br

Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea: Un Análisis desde el régimen jurídico de soberanía alimentaria en Ecuador

Free Trade Agreement with the European Union: An analysis from the legal system of food sovereignty in Ecuador

Antonella Paredes Torres[52]
Investigadora jurídica

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 97-116, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente artículo evalúa jurídicamente el contenido del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Ecuador y la Unión Europea, contrastándolo con las normas que forman parte del régimen jurídico de soberanía alimentaria en Ecuador, para así determinar los impactos del TLC en las leyes y políticas alimentarias del país. Además, se evalúan las obligaciones constitucionales del Estado respecto al desarrollo agroalimentario interno en el contexto del comercio internacional de alimentos.

PALABRAS CLAVE: Tratado de Libre Comercio, soberanía alimentaria, desarrollo, comercio.

ABSTRACT: the following article analyzes the content of the Free Trade Agreement (FTA) between Ecuador and the European Union, contrasting it with the rules that are part of the Ecuadorian legal regime of food sovereignty, in order to determine the impacts of the FTA on the laws and food policies of the country. Moreover, this article assesses the constitutional obligations of the State respect the intern alimentary development in the context of the international food commerce.

KEY WORDS: Free Trade Agreement, food sovereignty, development, commerce.

52 Lawyer and research fellow at the Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Founding partner of the Law Firm "Proyecta Abogados". Attorney at the Ecuadorian Attorney General's Office.

INTRODUCTION

Ecuador has been characterized by operating an economic - productive model that tends towards the export of primary products and the importation of industrialized goods from developed countries. This primary exporting scheme has been in place since colonial times, mainly due to the current government's lack of capacity to structure a stable policy that favors productive diversification.

The 2008 Ecuadorian Constitution tried to adopt new ideas to encourage a change in the country's economic and productive structures; however, most of these have been reduced to normative statements which have, on multiple occasions, been ignored by state agencies (Giunta, 2018). An example of this is the concept of food sovereignty, incorporated in Constitutional Article 281 as a strategic objective and a State obligation to ensure that people have access to adequate, healthy and culturally appropriate food (CRE, 2008, Art. 281).

This constitutional definition implies that food sovereignty is mandatory in the country and that the State has the obligation to fulfill a series of responsibilities towards this end. However, since there is no real agreement or uniformity between the policies and norms that form part of the food sovereignty system, it has lost strength and has not been taken into consideration in its true scope when making significant decisions for the country's future, such as ratification of the Free Trade Agreement with the European Union (FTA).

This makes sense if we consider that, through this Agreement, the State acquired international obligations in the agro-food sector that limit it in the fulfillment of its constitutional obligation to guarantee food sovereignty, in particular, in regards to its responsibility to adopt "fiscal, tax and tariff policies that protect the national agro-food and fishing sector, to avoid dependence on food imports" (CRE, 2008, Art.281.2).

The present article thus analyzes the impacts of the FTA on the legal regime of food sovereignty. To do this, the first section addresses the Agreement's legal nature, components and content; the second section explains the essence of food sovereignty and the configuration of its legal regime in Ecuador; and the third section assesses the effects that the FTA has had on food sovereignty regulations.

Regarding methodology, this article employs a qualitative research approach, “based on methods of data generation which are both flexible and sensitive to the social context in which data are produced” (Mason, 2002, p.3).

This includes, for example, observations, annotations and documents.

1. LEGAL NATURE OF THE FREE TRADE AGREEMENT WITH THE EUROPEAN UNION

The Free Trade Agreement with the European Union (hereinafter FTA), is an international treaty, understood as “an agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation” (Vienna Convention, 2005, Art. 2).

This international instrument is comprised of the following documents: (i) the Protocol of Accession of the Trade Agreement between the European Union and its Member States, on the one hand, and Colombia and Peru, on the other, to take into account Ecuador’s accession; (ii) the annexes to the aforementioned Protocol; and, (iii) the Trade Agreement between the European Union and its Member States, on the one hand, and Colombia and Peru, on the other. The Protocol allows Ecuador’s accession to the Multiparty Trade Agreement to take effect; However, all these documents are recognized as integral parts of a single international treaty (Opinion No. 009-16-DTI-CC, 2016, p.24).

Regarding the FTA’s content, it is predominantly commercial in nature, with certain provisions that deal with political or social issues[53] (Saura, 2013). Its main objective is to create “a free trade area, in accordance with Article XXIV of the 1994 General Agreement on Tariffs and Trade” (ACM, 2016, Art.3), reaffirming the obligations and rights acquired within the framework of the WTO (ACM, 2016, Art.5).

---

53 For example, the FTA establishes respect for “the democratic principles and fundamental human rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights, as well as the principles underpinning the Rule of Law” (ACM, 2016, Art.1)

It is important to mention that some of the obligations contracted by the State with FTA ratification can limit compliance with constitutional norms, such as that contained in article 281 in regards to the food sovereignty regime in Ecuador. This will be analyzed in the following section.

2. FOOD SOVEREIGNTY AND ITS LEGAL REGIME IN ECUADOR

2.1. Definitions and perspectives on food sovereignty

The concept of food sovereignty was first introduced at international level in 1996 by the social movement Via Campesina, during the World Food Summit in Rome (Páez, 2016; Stedile and Martins, 2010). It is a multidimensional concept in constant construction, and therefore there is no single definition of it. However, is important to differentiate the meaning of food security, the human right to food, and food sovereignty.

The right to food is recognized in many international instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Ecuadorian Constitution likewise establishes that people have the right to continuous access to healthy, adequate and nutritious food (CRE, 2008, Art.13). The right to food can thus be demanded by citizens through legal mechanisms.

On the other hand, food security is an international objective that "exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe and nutritious food to meet their dietary needs and food preferences for an active and healthy life" (FAO, 1996).

In this sense, while food security is an important concept, food sovereignty goes further, because it establishes how the right to food must be satisfied and allows the objective of food security to be fulfilled. Food sovereignty is thus a precondition for achieving genuine food security and guaranteeing the right to food (Windfuhr and Jonsén, 2005; Heinisch, 2013; Vía Campesina, 1996).

Once these distinctions are clarified, it is important to mention that food sovereignty can be considered both an agro-food system and a right (Declaración Final del Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria, 2001). As a right, food sovereignty consists of the people's capacity to freely structure their agro-food policy to ensure the human right to food through access to healthy and sufficient food, produced agroecologically and obtained giving preference to fair market methods that encourage the access of small producers to production resources (Houtart, 2014; Altieri and Nicholls, 2017; Windfuhr and Jonsén, 2005; Nyéléni Declaration, 2007).

It is important to mention that the right to food sovereignty was not formally recognized by the international community until the end of 2018, when the UN General Assembly adopted the United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas. While this instrument is not binding, it represents a significant international precedent because, for the first time, it recognizes the right to food sovereignty, as follows:

> Peasants and other people working in rural areas have the right to determine their own food and agriculture systems, recognized by many States and regions as the right to food sovereignty.
>
> This includes the right to participate in decision-making processes on food and agriculture policy and the right to healthy and adequate food produced through ecologically sound and sustainable methods that respect their cultures. (United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, 2018, Art. 15.4)

But this right cannot be guaranteed without an agro-food system aligned to that objective (Heinisch, 2013). Agro-food systems are defined as food production systems formed by a set of activities that encompasses primary agricultural production through consumption. According to Via Campesina, there are two types of systems: agro-industrial/agro-business, and a food sovereignty centered system (Gutman and Gorenstein, 2003, Cardona et al., 2010). The differences between these systems are illustrated in the following tables.

Table 1:

Agro-industrial or agro-business system	Food sovereignty system
Encourages not-highly-diversified production controlled by a few agribusinesses (displaces family farming)	Encourages family farming and less concentrated, diversified production
Intensive use of monoculture and artificial inputs	Promotion of agroecology and productive sustainability
Production destined primarily to export and trade.	Production destined primarily to consumption and internal supply
Fosters the concentration of land and productive resources	Promotes the equitable distribution of productive resources and access by small producers to these resource
Deepens the exogenous development model (primary exporter)	Prioritizes an endogenous development model
Promotes the free trade of agricultural goods	Promotes fair trade and protection of the domestic market (mainly small producers)

Source: Own elaboration based on Ortiz (2015); Carrión (2013); Friedmann and McMichael (1989); Montagut & Dogliotti (2008); and Rosset (2004).

In Ecuador, we find both of these models to be present: the constitutionally-established food sovereignty model, and the more widely practiced agribusiness model. The Constitution also establishes food sovereignty as a strategic objective and a State obligation (CRE, 2008, Art. 281). A legal regime has thus been structured around this concept, whose configuration will be analyzed in the following section.

2.2. Legal system of food sovereignty in Ecuador

The food sovereignty regime is composed of: (i) constitutional and international norms on food sovereignty; (ii) public agro-food

policies; and, (iii) related legal regulations. In addition, programs, projects and plans through which public policies on food sovereignty are implemented form part of this regime (LORSA, 2009, Art.1).

2.2.1. Constitutional and international norms on food sovereignty

The substantive basis guiding the food sovereignty regime is Constitutional Article 281, which establishes that food sovereignty "constitutes a strategic objective and a State obligation to guarantee that individuals, communities, peoples and nationalities achieve ongoing self-sufficiency for healthy, culturally appropriate food."[54] (CRE, 2008). The State will thus have fourteen responsibilities, the primary of which are:

1. Promote production, agro-food and fishing transformation of small and medium production units, community production and social and solidarity economy.

2. Adopt tax, tax and tariff policies that protect the national agro-food and fishing sector, to avoid dependence on food imports (CRE, 2008, Art. 281).

In terms of international norms regarding food sovereignty, we have the United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, the Andean Decision 742 issued by the CAN in 2010, which establishes an Andean Program to Guarantee Food and Nutritional Security and Sovereignty (SSAN) and Andean Decision 371 which establishes the Andean Agricultural Pricing Tier System to avoid the instability of the domestic agricultural market and promote "greater external food dependence" (Andean Decision 371, 1995, considering second).

54 The original text of the Ecuadorian Constitution states that: "la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente *[food sovereignty constitutes a strategic objective and a State obligation to guarantee that individuals, communities, peoples and nationalities achieve ongoing self-sufficiency for healthy and culturally-appropriate food]*" (CRE, 2008, Art.281).

2.2.2. Agro-food Public Policy

Public policies are understood as actions which "use governmental authority to commit resources in support of a preferred value" (Considine 1994, p3). In Ecuador, by constitutional provision, the Ecuadorian State is thus bound to "create and execute public policies, and control and sanction non-compliance" (CRE, 2008, Art. 277.3) in order to ensure good living, including food sovereignty (CRE, 2008, Art. 277.3). This makes sense considering that public policies are constitutional guarantees for the enforcement of rights, just as are normative and jurisdictional guarantees (CRE, 2008, Art. 85).

The country's primary public policy instrument is the National Development Plan 2017-2021, which is mandatory for the public sector and indicative for the private sector. This document is the main reference point for policies, public projects, programming and execution of the State budget and the coordination of exclusive competencies between the central State and the decentralized autonomous governments (CRE, 2008, Art.280).

Regarding food sovereignty, a public policy objective established in this plan is to "develop productive and environmental capacities to achieve rural food sovereignty and Good Living"[55]. As relates to this objective, those responsible for building public policies that integrate the country's legal regime of food sovereignty are the Central State and decentralized autonomous governments (LORSA, 2009, Art.1).

2.2.3. Laws on Food Sovereignty

There are several laws that relate to food sovereignty. The most important are the Organic Law on the Food Sovereignty Regime (hereinafter LORSA), and the laws regulating the three most important productive resources according to Title II of the LORSA, which are: Law of Agrobiodiversity, Seeds and Promotion of Sustainable Agriculture (hereinafter Law of Seeds), Organic Law of Rural Lands and Ancestral Territories (hereinafter Law of Land) and the Organic

55 Objective number six of this instrument establishes: "Desarrollar las capacidades productivas y del entorno para lograr la soberanía alimentaria y el Buen Vivir rural *[Develop productive and environmental capacities to achieve rural food sovereignty and Good Living]*"

Law of Water Resources, Uses and Exploitation of Water (hereinafter Law of Water). It is important to mention that the bodies responsible for the articulation and generation of public policy projects and related laws at the national level are: the Food and Nutritional Sovereignty System (SISAN) and the Plurinational and Intercultural Conference on Food Sovereignty (COPISA) (LORSA, 2009, Art.31, 32).

As we see, at least normatively, food sovereignty is a legal priority for the State, but in practice, the agricultural situation in Ecuador has changed little since 2008. This is because, although there has been an effort to create a legal regime to take advantage of the state's agro-biological resources, while at the same time encouraging a change in the productive matrix (Daza, 2015), the concentration of agricultural earnings in the hands of a few has increased.

In fact, in 2006, 7% of agribusinesses concentrated 46% of total agricultural income; while in 2013, 9% of agribusinesses controlled 51% of agricultural income (Báez, 2017, p.19). This increase in the concentration agricultural earnings shows that the current legal framework regarding food sovereignty has not been useful in modifying the country's agro-food production model.

In addition, we can note that the constitutional and legal prescriptions on food sovereignty were ignored by government authorities when they ratified the FTA. This can be demonstrated in Constitutional Court Opinion No. 009-16-DTI-CC, which should have deeply analyzed the constitutionality of the FTA's content to guarantee the principle of constitutional primacy. Unfortunately, the Court did not analyze the repercussions that might be had by the FTA on the food sovereignty regime. For this reason, in the next section we will refer to this topic and present certain effects from the FTA that have already occurred in practice.

3. THE FTA WITH THE EUROPEAN UNION AND THE LEGAL REGIME OF FOOD SOVEREIGNTY

The ratification of the FTA presents advantages and disadvantages for Ecuador. On one hand, we can now find lower prices on a variety of products coming in from the EU. This situation has clear benefits for consumers, since they will pay less for high quality products. In addition, 99.7% of agricultural goods and 100% of industrial products

from Ecuador entered the EU tariff-free. This represents an open market of 514 million potential consumers who prefer fair trade products (Van Steen and Saurenbach, 2017).

On the other hand, however, the FTA seeks the "progressive and gradual liberalization of trade in goods" (Trade Agreement, 2016, Art.4.a) including agro-food products, which means that the state's ability to create regulations and policies to protect the domestic agricultural market is directly affected by the aforementioned international instrument. This is also because, in order to exploit the Agreement's trade advantages and the opening of the European market, the State must focus its agro-food production on maximizing exports, rather than on achieving the aims of the food sovereignty regime.

According to Falconí and Oleas (2012), the international commitments that the State took on through the ratification of the FTA oblige it to act in accordance with an exogenous development theory. This is fostered by international organizations and developed countries, and is not based on the endogenous development theory contained in the Constitution and the National Development Plan 2017-2021.

This makes sense if we consider that paragraph 7 of Constitutional article 276 establishes the promotion of population capacities and the protection and promotion of cultural diversity—and its production and exchange mechanisms—as an objective of the country's development regime (CRE, 2008).

In addition, the fourth paragraph of the article in question establishes the objective of "building a fair, democratic, productive, supportive and sustainable economic system based on the equal distribution of the benefits of development, production means and the creation of dignified, stable work" (CRE, 2008, Art. 276.4).

Consistent with the foregoing, numeral 2 of Constitutional Article 284 establishes that the country's economic policy will have the objective of "encouraging national production, systemic productivity and competitiveness." Article 304 of the Constitution likewise establishes that the principle objectives of commercial policy include: prioritizing the strengthening and development of internal markets (CRE, 2008, Art. 304.1); strengthening the productive apparatus and national production, always ensuring that food sovereignty is guaranteed (CRE, 2008, Art. 304.3,4); and promoting the development

of economies of scale and fair trade (CRE, 2008, Art. 304.5). The 2017-2021 National Development Plan also establishes that

> (...) 2008 Montecristi Constitution is the foundation of the society we wish to achieve. A society oriented towards a new inclusive and equitable development regime, based on solidarity. A new model that allows for the country's sustainable development over the long term, in a harmonious relationship between humans and nature (...) We want to progress towards a social and solidary, environmentalist economy, based on knowledge and human talent, in order to leave behind extractivism, achieve full employment, reach greater productivity, and democratize the means of production and wealth (...) A productive country in which we all have decent employment, and where rural development is a priority (PND, 2017, pp.12-13)

From the foregoing, we can infer that Alexander Hamilton's theory of endogenous development is in force in the country. This theory supports the primacy of creating productive synergies within regions and cities and views the dissemination of knowledge and innovations to diversify production, lower costs and allow the productive sectors to increase capacity to compete with the foreign productive supply as indispensable (Falconí and Oleas, 2012). In this way, Vazquez-Baquero establishes that

> The endogenous development approach holds capital accumulation to be a key process in economic growth. It argues that economic development comes about as a result of the processes determining capital accumulation: creation and diffusion of innovation in the productive system, flexible organization of production, the generation of agglomeration and diversity economies in cities and institutional development. Moreover, it identifies a path for self-sustained development (2003, p.7).

Therefore, this theory revalues local development as a source of progress, strategic alliances between productive sectors within the State as a way to strengthen the general economy as well as advocating the need for the State to create a strong institutionality framework, supported by regulations and public policies that generate confidence both within the State and abroad, to attract foreign investment (Falconí and Oleas, 2012).

This means that the State, far from following the traditional course of developed countries-- diminishing its influence on local production and leaving the balance of payments to the swing of free trade--must instead be present in creating the capacities and the environment necessary for its people to forge their own development(Vázquez Vaquero, 2000).

Consistent with this, Hounie et al. (1999) state that endogenous development has also been positively valued by organizations such as the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), establishing that

> (...) the new models make arguments placing primary responsibility for the relative failure of certain countries in terms of growth and participation in the international economy on government intervention less convincing. However, they do not seem to incorporate in their foundations, at not least explicitly, two aspects characteristic of economies that, like those of Latin America, suffer from backward conditions: on the one hand, a lag in the diversification and articulation of their productive structure, which shows limited development of technologically more complex activities; on the other, a lag in existing accumulation levels, which are an indispensable condition for investment and economic growth. These disadvantages take on new dimensions in a globalized economy, where states face decreasing levels of autonomy in economic policy management (Hounie et al., 1999, p.25)

The authors warn that in a globalized economy, in which free trade agreements and international treaties of similar magnitude are quite common, states lose autonomy and their ability to self-determine the most appropriate policies for their development.

This is the case of the FTA with the European Union, because it makes it impossible for the state to help small farmers and ensure development based on local production, and as such is incompatible with the endogenous development theory adopted by the Ecuadorian Constitution. In this regard, Falconi and Oleas (2012) affirm that FTAs allow "tie the hands of public policy and turn large national spaces into market and investment spaces for the benefit of the transnational companies of the North."

The above represents a great risk in the Ecuadorian case, considering that , even without the FTA with the European Union, the process for

changing the agro-food system has been very weak. It is important to mention that a significant legal and constitutional framework can be found, but there is little real application. Some examples of public policies formulated in function of food sovereignty but rarely applied are the following:

Table 2:

Main Agricultural Public Policies	
Issue	**Policy**
Low productivity	Promote the increase of agricultural productivity by fostering the sustainable use of productive resources
High dependency on imported raw materials, inputs and capital goods.	Increase the availability and use of national-origin agricultural inputs that for allow selective import substitution
High concentration of markets, benefits, incentives, means of production and public investment.	Democratize access to production factors by creating fair conditions for small- and medium-sized peasant production; this allows food sovereignty to be guaranteed, privileging young people and women
Unfavorable conditions for credit access	Articulate access to preferential and inclusive productive financing according to production systems and scales in an efficient manner, with a gender-equal and intercultural approach
Low generation of conditions to promote productive diversification and generation of added value.	Develop processes for diversification and generation of added value of primary production with social-environmental standards, bearing in mind commercial seasonality

Source: Elaboration by the author based on the Ministry of Agriculture, Livestock, Aquaculture and Fisheries (2016 , pp. 78-86)

Regrettably, many of the government's public policies have been focused on promoting the most efficient economic sectors. The agro-food sector has therefore not changed its traditional structure and at present, three companies control 91% of the food industry: La Favorita Corporation (50%), El Rosado Corporation (31%) and Megasantamaria Corporation (10%). The Pronaca company alone controls 62.16% of the total meat trade (Giunta, 2018, par. 37).

Additionally, the main agro-food policies applied by the national government over the last two years, within the "Minga Nacional Agropecuaria" Project, part of the "2017-2021 National Development Plan" are focused on promoting production maximization, granting small farmers subsidized agricultural kits, which contain non-native chemicals and seeds that promote the monoculture of large tracts of land. As consequence, state policies promote agribusiness and fail to observe constitutional provisions on food sovereignty (Calvopiña, 2017; Espinosa, 2017)

In this sense, the main problem is the erroneous implementation of public policies and norms that are part of the legal regime of food sovereignty. This in turn is partly due to the lack of political will by officials and political party members who traditionally have been associated with agribusiness, and fight continuously to maintain the same primary export system, despite the negative consequences for small producers.

The most evident example of this situation is, precisely, the FTA's ratification, which will make it still more difficult to solidify changes in the Ecuadorian agro-food system. This makes sense if we consider that the FTA imposes upon the state certain regulatory and public policy adaptations orientated towards the free trade of agricultural goods. Some examples of already-observable legal adaptations are the following:

Adaptation of the Law of Water to the FTA: The Constitution of Ecuador prohibits the privatization of water (CRE, 2008, Art. 282), but the FTA establishes the commitment to liberalize the trade of services. Therefore, it is at least suspicious that the Law of Water includes an exception to the prohibition of water privatization, noting that a private provider may carry out the sub-processes for public water service management when the competent authority does not possess the necessary technical or financial conditions to do so (Ley de Aguas, 2014, Art. 7.b).

Adaptation of the Law of Seeds to the FTA: This law was published six months after the FTA's ratification, and allows the entry of transgenic seeds and crops into the national territory, so long as they are to be used for research purposes (Ley de Semillas, 2017, Art. 56). This situation could threaten the country's food sovereignty if it is evaluated in relation to Annex V of the Protocol of Adhesion of Ecuador to the FTA, which allows the tariff-free entry of European seeds.

In fact, during the year 2016, Ecuador imported 1.2 million dollars in seeds, fruits and spores for sowing from the EU; while from January to July of 2018 alone, 1.6 million dollars were imported (Ministerio de Comercio Exterior, 2018). As we see, a visible increase of the importation of European seeds has occurred, which could carry transgenic components and lead to a distortion in the crops' phytogenetic, resources creating a significant loss of endemic species.

The FTA therefore limits the State in fulfilling its obligation to guarantee food sovereignty, because the State will not be able to prevent people from consuming food about whose effects there exists scientific uncertainty (CRE, 2008, Art. 281.13), and will be unable to encourage the preservation and use of our own seeds (CRE, 2008, Art.281.6).

Adaptation of the Law of Land to the FTA: The FTA prohibits the State from adopting measures that limits foreign companies in the number of holdings (land or properties) they can acquire in the country to carry out productive activities (Trade Agreement, 2016, Art. 112.2). As a result of this international obligation, the Law of Land makes it possible to acquire large amounts of land following authorization from the Ministry of Agriculture (Ley de Tierra, 2016, Art. 19).

The requirements for obtaining this authorization are expressed in the Law's Regulation, but they are brief and do little to address the concept of food sovereignty; ample space is given for subjectivity on the part of the officials granting the authorization (Reglamento a la Ley de Tierras, 2017, Art.8). The State is therefore limited by the FTA in fulfilling its responsibility; which, according to Constitutional article 282, consists of avoiding the concentration of land and productive factors.

The examples mentioned show that the FTA influences the legal regime of food sovereignty and pressures the State to make the changes necessary to harmonize domestic legislation with the international regime, even when these changes may be opposed to the Constitution.

4. CONCLUSIONS

Regarding food sovereignty, the spirit of the FTA is not consistent with that of the Ecuadorean Constitution. The FTA adopts a theory of exogenous development, which is promoted by developed countries and privileges free trade with little state intervention in internal market processes, while the Constitution, throughout its articles, integrates an endogenous development theory, which promotes production for internal consumption and the strengthening of state policies to protect and boost national production.

The regulations that form part of the legal regime of food sovereignty in Ecuador have been adjusted, and will continue to be modified in the coming years to bring them into line with the obligations taken on in the FTA. This implies a limitation on the State in its ability to create and implement agro-food policies that benefit the national productive sector.

5. REFERENCES

Altieri, P. y Nicholls, E. (2017). La relación entre capacidad y autoridad en el Estado: La construcción de un Estado Excepcionalista en el Ecuador. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe,* (103), 1-24.

Báez, J. (2017). *Acumulación en la Revolución Ciudadana. Grupos Económicos y concentración de mercado en el sector agropecuario.* Quito, Ecuador: CDES.

Calvopiña, D. (2017). *Proyecto insignia productividad y sustentabilidad de la agricultura familiar para la seguridad alimentaria y la economía rural*, Quito, Ecuador: IICA.

Cardona, M., Álvarez, C., y Sáenz, S. (2010). *Sistema, cadena, empresa y negocio: desafíos en conceptualización y articulación para la competitividad del agro.* Suma de negocios,1 (1), 59-71.

Carrión, D. (2013). Estructura agrícola y modelo de acumulación rural en el Ecuador: interacción entre campesinos, agroindustria y Estado. In F, Hidalgo, P, Lacroix, y P, Román (eds.). *Comercialización y soberanía alimentaria* (pp. 75-98). Quito, Ecuador: SIPAE.

Considine, M. (1994). *Public Policy: a Critical Approach.* South Melbourne: MacMillan

Daza, E. (2015). *Más agronegocio, menos soberanía alimentari*a. Quito, Ecuador. Retrieved from https://www.porlatierra.org/docs/9aeb3186f1a965cae3d134a600ede652.pdf

Espinosa, M. (2017). La Gran minga agropecuaria se inauguró en Quevedo este 19 de agosto. *El Comercio.* Retrieved from https://www.elcomercio.com/actualidad/gran-minga-agropecuaria-quevedo-leninmoreno.html

Falconí, F., y Oleas, J. (2012). Implicaciones del posible Acuerdo Multipartes con la Unión Europea. In H, Jácome, (ed.). *El retorno de las carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea* (pp. 17-66). Quito, Ecuador: Flacso Ecuador.

Friedmann, H., and McMichael, P. (1989). Agriculture and the state system. *Sociología Ruralis*, 29 (2), pp. 93-117

Giunta, I. (2018). Soberanía alimentaria entre derechos del buen vivir y políticas agrarias en Ecuador. *Revista Theomai,* (38), 109- 122.

Gutman, G., y Gorenstein,S. (2003). Territorio y sistemas agroalimentarios. Enfoques conceptuales y dinámicas recientes en la Argentina. *Desarrollo Económico*, 42 (168), 563-587

Heinisch, C. (2013). Soberanía alimentaria, un análisis del concepto. In F, Hidalgo, P, Lacroix, y P, Román (eds.). *Comercialización y soberanía alimentaria* (pp. 11-35). Quito, Ecuador: SIPAE.

Hounie, A., Pittaluga, L., Porcile, G., and Scatolin, F. (1999). ECLAC and the new growth theories. *Cepal Review* (68), 7-33.

Houtart, F. (2014). La agricultura campesina en la construcción de un paradigma poscapitalista. In Hidalgo, F. Houtart, F. y Lizárraga , P. (eds.). *Agriculturas campesinas en Latinoamérica: propuestas y desafíos* (pp. 297-308). Quito, Ecuador: IAEN

MAGAP. (2016). *La política agropecuaria ecuatoriana. Hacia el desarrollo territorial rural sostenible 2015-2025*. Quito, Ecuador. Retrieved from http://servicios.agricultura.gob.ec/politicas/La%20Pol%C3%ADticas%20Agropecuarias%20al%20%202025%20I%20parte.pdf

Mason, J. (2002). *Qualitative Researching*. London: SAGE Publications Inc.

Montagut, X., y Dogliotti, F. (2008). *Alimentos globalizados. Soberanía alimentaria y comercio justo*. Barcelona, España: Icaria Editorial

Ortiz, S. (2015). *Un espacio cooperativo. Soberanía alimentaria y solidaridad internacionalista campesina*. Barcelona: Icaria Editorial

Páez, L. (2016). *Respuestas alternativas a la globalización alimentaria. El caso del Colectivo Agroecológico en el Ecuador.* (Master´s thesis). Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, Ecuador.

Rosset, P. (2004). *Soberanía Alimentaria: Reclamo Mundial del Movimiento Campesino*. Retrieved from https://nyeleni.org/IMG/pdf/RossetSobAlimFinal.pdf

Saura. (2013). Implicaciones de derechos humanos en el tratado de libre comercio entre Colombia y la Unión Europea. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, (4), 1-25.

Van Steen, M. y Saurenbach, C. (2017). *Acuerdo Comercial Ecuador-Unión Europea*. Quito, Ecuador: Delegación de la Unión Europea en Ecuador

Vázquez-Baquero, A. (2003). *Endogenous Development: Networking, Innovation, Institutions and Cities*. London: Routledge.

Windfuhr, M., and Jonsén, J. (2005). *Food Sovereignty. Towards democracy in localized food systems.* Warwickshire: FIAN-International

Legal Base

Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria*. [Ley 1]. RO: 583

Asamblea Nacional. (2014). Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y aprovechamiento del Agua. [Ley 0]. RO: Suplemento 305

Asamblea Nacional. (2016. Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales. [Ley 0]. RO: Suplemento 711

Asamblea Nacional. (2010). Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI). [Ley 0]. RO: Suplemento 351.

Asamblea Nacional. (2017). Ley de Agrobiodiversidad Semillas y Fomento de la Agricultura Sustentable. [Ley 0]. RO: Suplemento 10

Comunidad Andina de Naciones. (2010). *Decisión 742. Programa Andino para Garantizar la Seguridad y Soberanía Alimentaria y Nutricional – SSAN*. Gaceta Oficial de la CAN: 1857

Comunidad Andina de Naciones. (1995). Decisión 371. RO: Suplemento 618

Correa, R. (2017). *Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*. [Decreto Ejecutivo 1283]. RO: Suplemento 920

Corte Constitucional Ecuatoriana. (2016). Dictamen No. 009-16-DTI-CC. Retrieved from http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/009-16-DTI-CC/REL_SENTENCIA_009-16-DTI-CC.pdf

Declaración "Soberanía Alimentaria: un futuro sin hambre". (1996). Roma, Italia. Recuperado de https://nyeleni.org/spip.php?article38

Declaration of Nyéléni. (2007). Selingue, Malí. Retrieved from https://nyeleni.org/spip.php?rubrique2

Declaración Final del Foro Mundial sobre Soberanía Alimentaria. (2001). La Habana, Cuba. Retrieved from http://www.edualter.org/material/sobirania/declaracion%20cuba.pdf

Ministerio de Comercio Exterior. (2018). Sistema de Inteligencia Comercial (SICOM). Retrieved from https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRlNjUxMTEtY2MyMS00ZDBjLWI3MmQtY2VhOGY2NzdmMDg4IiwidCI6IjY3ZTZlY2NmLTI3YmQtNDMzOS1hMzhmLTFiODAwMzk1YjJjMSIsImMiOjR9

Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la Adhesión de Ecuador. (2016). RO: Edición Especial 807.

Rome Declaration on World Food Security (1996). Retrieved from http://www.fao.org/docrep/003/w3613e/w3613e00.htm

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2017). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Quito, Ecuador: SENPLADES.

Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia and Peru, of the other part. (2016). Retrieved from http://publications.europa.eu/resource/cellar/42e02e6c-1698-465e-923c-d2d12f91c728.0017.04/DOC_1

United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas. General Assembly of the United Nations. Retrieved from https://viacampesina.org/es/wp-ontent/uploads/sites/3/2018/11/Resoluci%C3%B3n-no.-AC.373L.30..pdf

Vienna Convention on the law of treaties. (1969). Retrieved from https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf

Recibido: 10 de noviembre de 2018

Aceptado: 18 de abril de 2019

Antonella Paredes Torres: Investigadora jurídica. Abogada en la Procuraduría General del Estado.

Correo electrónico: amtop24@hotmail.com

Protecciones legales ambientales: reflexiones de la experiencia peruana

Environmental Legal Protections: Reflections from the Peruvian Experience

Verónica Rojas Montes
Docente Titular Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho

Artículo Original (Investigación)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 117-135, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este artículo analiza el fraccionamiento, la heterogeneidad y la dispersión del sistema legal ambiental peruano. La relevancia de esta propuesta es su consideración de los problemas de nivel de aplicación para las reglas ambientales del juego, cómo lo abordan las entidades públicas competentes y las entidades que supervisan los sistemas ambientales funcionales actuales. Finalmente, y considerando el principio de transectorialidad, se propone como mecanismo correctivo la necesidad de articular y coordinar las acciones del OEFA con respecto al SINEFA.

PALABRAS CLAVE: medio ambiente, ordenamiento jurídico, aplicación sectorial, principio de transectorialidad, protección ambiental.

ABSTRACT: this article discusses the fractionation, heterogeneity and dispersion of the Peruvian environmental legal system. The relevance of this proposal is its consideration of application-level problems for environmental rules of the game, as addressed by the competent public entities and the entities overseeing the current functional environmental systems. Finally, and considering the principle of transectoriality, it proposes as a corrective mechanism the need to articulate and coordinate the actions of the OEFA with respect to the SINEFA.

KEY WORDS: environment, legal order, sectoral application, transectoriality principle, environmental protection.

INTRODUCTION

The first environmental protection milestone, as a new and integral concept through a regulation with the rank of law, occurred on September 9, 1990, when the Environmental Code, Legislative Decree No. 613, entered into force. Prior to this code, there were sectoral legal systems that separately regulated the exploitation of various natural resources. At that time, total and complete environmental guardianship did not exist. Protections existed only for the natural resources that were important for the national economy.

The Environmental Code incorporated environmental protection instruments to which the economic sectors exploiting various natural resources, mining, fishing, forestry, genetic, etc., were compulsorily subject. It should be noted that these new protection techniques, in addition to being mandatory, posed the challenge of promoting their application transversally and in parallel, avoiding contradictions with specific sectoral legislation (mining, fishing, waste, forestry, water treatment, etc.) and introducing environmental obligations, as part of their components and as a *prevailing right* over sectorial rights[56].

The National Environment System was also created with great expectations that were truncated. It was repealed just one year later through Subparagraph a) of the First Final Provision of Legislative Decree No. 757 published on November 13, 1991.

In 2005 the Environmental Code was repealed tacitly and entirely by the Fourth Transitory, Complementary and Final Provision of Law N ° 28611, General Law of the Environment published on 15 October 2005 and explicitly excluded from the current law by Article 1 of Law No. 29477, published on December 18, 2009 .

Since 1990 and up to now, environmental regulations have undergone progressive and exponential growth, forming an exuberant conglomerate of standards in addition to sectoral norms. This undoubtedly marks the exceptional complexity and diversity of Environmental Administrative Law and the environmental administrative organization built for its execution. The classification of norms made by Lozano (2008) is highly

56 Prevalence Of The Environment Code.
XII. This Code prevails over any other legal norm contrary to the defense of the environment and natural resources.

applicable. He says that the long chain of environmental laws can be divided into two large groups:

> *"Environmental laws of a horizontal or transversal nature, whose purpose is to introduce environmental protection instruments applicable in various sectors or areas of activity. This is the case with environmental impact assessment regulations or companies' ecological management techniques.*
>
> *Sectoral environmental laws, aimed either towards the protection of different mediums (air, water, natural spaces ...), or to the regulation of pollutants and specific environmental problems (waste, toxic or dangerous substances, contaminated soil ...)."*[57]

Almost thirty years after implementation of the Environmental Code, the environmental legal order remains fragmented, heterogeneous and dispersed. This poses problems for its application by public entities with environmental competencies and the governing bodies of environmental functional systems; however, efforts to articulate and coordinate actions, as stated in the principle of transectoriality, a task in which the governing entities of functional systems, such as the OEFA with respect to SINEFA, play a fundamental role.

1. EVOLUTION OF THE CONCEPT OF ENVIRONMENT

1.1. In the doctrine of environmental administrative law and global regulations

As a legal branch of law, environmental administrative law emerged during the second half of the twentieth century, with systemic environmental awareness[58]. It existed prior to this, however. Of course, since ancient times there has been a relationship between man and nature, which conceived -and continues, at least, for indigenous and native peoples- of a worldview and harmonious union with the

57 Lozano, B. (2010). *Derecho ambiental administrativo.* España: La Ley, p. 48.

58 Nature as a system, understood as *a dynamic set of interrelated elements,* comes from the biologist Ludwig Von Bertalanffy, who is quoted by Alli Turillas in La protección jurídica de la biodiversidad (mecanismos de protección de los espacios y las especies naturales). España: Editorial Montecorvo, 2005, p. 17.

natural environment. This has been the source of the most diverse civilizations and cultures which explain our historical origins and evolution[59]. Referring only to the juridical edge throughout the ages, this man-nature relationship has been subject to various regulations of a legal nature.

Changes in the economy starting at the end of the eighteenth century shaped the capitalist economy based on large industrial production, which involved the emergence of new regulation; for example, regulation of free competition and intellectual property, which protected invention as a pillar of a capitalist system. The exponential development of textile production and of iron, railroads, and the growth of cities and populations, caused serious environmental impacts, and "in some places some protected areas began to be formed into reserves at the end of the XIX century"[60].

But there came a moment in which it became necessary to put a stop to increasingly abusive, invasive and destructive uses of the environment (extensive crops, foundries, wood for fleets, the iron and steel industry, industrialization, large livestock herds, etc.). This situation manifested itself -at the dawn of environmental protection- during the 19th century, although a true "environmental conscience" would not arise until the 20th century.

Alli Turillas says that in the nineteenth century some resources were safeguarded by regulations with specific purposes, such as avoiding

---

59 "(...) the environment has been the basis of human existence; it is the natural environment in which man meets his needs and it is the source of the goods necessary for human life. (...) Visibly, a consubstantial element to diverse human productive activities -oriented towards the satisfaction of man's basic needs- is the influence these activities have on the environment, since they imply an economic and utilitarian use of the goods and wealth provided by nature. Since we understand that through any of the forms of economic production, influences the environment in different ways and with different intensity, we must also note (...) that this exploitation and use of the environment began millennia ago and must continue to be exercised over millennia, so that humanity must ensure that the foundations of its existence are not destroyed." Ver. Rojas Montes, V. (2016). El derecho administrativo y la protección del medio ambiente en el Perú". *Revista aragonesa de Administración Pública*. Nº 28.

60 Alli Turrillas, J. (2005). *La protección jurídica de la biodiversidad (mecanismos de protección de los espacios y las especies naturales)*. España: Editorial Montecorvo, p. 12.

indiscriminate felling (hills), for reasons of hygiene (wastewater), or to tend to good relations between neighbors and private property (crops, forests). He calls this a protectionist phase. Then, at the end of the century, steps were taken to protect landscapes and natural areas of special importance. It was in the twentieth century that environmental consciousness originated - and then evolved - during a phase that he calls a conservationist. This was conceived of primarily in international conferences during the 60s and 70s[61] (as discussed below).

Within the systemic approach of the environment and its protection, for the new environmental administrative law - which our country is not alien to - looking for, finding and grasping a legal concept of "environment" is a legal vicissitude, in order to delimit the scope of what is protected by the regulations and state organization, along with the adequate techniques and systems. And as we have seen previously, the environmental order is heterogeneous and "logically marked by an extremely great complexity, by a 'dilemma of complexity' (as expressed by E. Schmidt-Assmann), which constitutes a challenge to Law and forces it to establish a complex network of protection systems, in which new techniques are incorporated or existing ones are modulated in order to provide an effective response to the objective requirements posed by environmental protection"[62].

The environment, as macro-good, should always be considered a system that works with all its *component* parts (micro-goods) which interact harmoniously, as a *dynamic set of interrelated element*s (Von Bertalanffy)[63].

We mentioned above that in the international arena in the 70s various instruments for environmental protection began to be proposed. Between June 5 and 16, 1972, the United Nations Conference on the Human Environment was held in Stockholm, in which nineteen (19) principles were established to determine future actions on environmental care and protection. In this regard, Principle No. 1 states that man has the fundamental right to freedom, equality and adequate living conditions in an environment whose quality allows him to live a dignified life and enjoy well-being, while Principle No. 2 notes

61 Cfr. Alli Turillas, p. 29-30.

62 Lozano, p. 51.

63 Cited by Alli Turrillas, p. 17.

that natural resources must be preserved for the benefit of present and future generations, as detailed in the following[64]:

"Principle No. 1

Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate living conditions in an environment of such quality that allows him to lead a dignified life and enjoy well-being, and he has the solemn duty to protect and improve the environment for present and future generations. (...)

Principle No. 2

The earth's natural resources, including air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be preserved for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate. "

On the other hand, at the Earth Summit held from June 3 to 14, 1992 in Rio de Janeiro, the Convention on Biological Diversity was adopted[65], ratified by Peru through Legislative Resolution No. 26181 of May 11, 1993. This agreement defines what biological diversity and ecosystem would be understood to refer to, as indicated:

"Article 2. Terms used

"Biological diversity" means the variability of living organisms from any source, including, inter alia, terrestrial and marine ecosystems and other aquatic ecosystems, and the ecological complexes of which they are a part; it includes diversity within each species, between species, and the diversity of ecosystems.

"Ecosystem" refers to dynamic complex of plant, animal and microorganism communities and their non-living environment that interact as a functional unit (...)."

64 United Nations Environment Program. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Available at: http://www.un-documents.net/unchedec.htm. [Consultation made on December 30, 2018]

65 Convention on Biological Diversity. Available at: https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf. [Consultation made on December 30, 2018]

Additionally, the “Rio Declaration on Environment and Development” was made at the Earth Summit[66], in which twenty-seven (27) principles regarding the environment and development were established. Within this, Principle No. 11 elaborates on the importance of the State’s regulatory role in environmental issues, as indicated:

> *“Principle 11*
>
> *States must enact effective environmental laws. The objectives and priorities of environmental management should reflect the environmental and developmental context to which they are applied. The standards applied by some countries may be inadequate and represent an unjustified social and economic cost for other countries, in particular developing countries.”*

From what has been formulated on international concepts, we find a coincidence between that indicated by the doctrine of environmental administrative law and the concept of environment with a systemic approach, the vital importance for human beings and the development of future generations, as well as the State’s role and the regulations which must be issued to protect the environment.

We can affirm this, since the environment is maintained as the set of interrelated natural resources and the State’s duty is to issue the relevant environmental regulations to protect these resources and ensure their sustainable use.

As a final note, it should be mentioned that, today, we are in a phase in which the the risk management approach has been added to the system approach. This refers not only to the prevention principle and climate change management, but to all kinds of risks, including disaster risks in all sectors of public action.

---

66 Rio Declaration on environment and development. Available at: http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm [Consulta realizada el 30 de diciembre de 2018]

1.2. Legal concept of environment in Peruvian legislation: Constitution and Constitutional Court

Natural resources are public property. Since the origin of Peruvian environmental legislation in the nineteen-nineties, they have always been considered an integral part of the environment, under a systemic approach. The Environment Code of 1990 (repealed since 2005) established the following, verbatim:

> ***"ENVIRONMENT AS A COMMON HERITAGE OF THE NATION.***
>
> *II. The environment and natural resources are the Nation's common heritage. Their protection and conservation are of social interest and can be invoked as a cause of public necessity and utility.*
>
> ***NATURAL RESOURCE CONSERVATION AND USE.***
>
> *XI. The maintenance of essential ecological processes, the preservation of genetic diversity and the sustained use of species, ecosystems and renewable natural resources in general, is mandatory.*
>
> *The use of non-renewable natural resources must be carried out under rational conditions compatible with the environment's purification or recovery capacity and the regeneration of these resources. "*

Later, in 1993, our current Fundamental Charter recognized the environment as the fundamental right to enjoy a balanced and adequate environment in which to live (Article 2, Num. 22), with respect to which the Constitutional Court's jurisprudential development has drawn a clear line according to the systemic environmental approach.

According to the maximum interpreter of the Constitution, the environment is the area in which life is carried out. It includes natural, living and inanimate, social and cultural existing elements in a specific place and time, which influence or condition human life and the lives of other living beings (plants, animals and microorganisms). The environment likewise includes the biotic and abiotic elements interacting in a given space and time[67].

67 Constitutional Court ruling handed down in File No. 0048-2004-AI of April 1, 2005, which declared the claim of unconstitutionality filed against Law No. 28258, Mining Royalties Law to be unfounded.

It is worth highlighting several substantive issues regarding the foundations commented upon, because they delineate the constitutional pillars for environmental protection and its conceptualization.

(i) The Constitution recognizes the enjoyment of a balanced, adequate environment to be a fundamental right[68].

(ii) The environment is considered a system whose micro-components (material and immaterial), of animal or anthropogenic origin, interact with each other in harmony. This environment in turn interacts with society, which is protected, so that it does not degrade or lose its harmony in a way that prevents the enjoyment of the right (systemic approach).

(iii) The environment, in its interaction with economic activities, is governed by a series of principles.

(iv) Their protection is the responsibility of the State as well as of individuals, on whom, in their capacity as social contributors, a set of obligations falls.

In the same line, the General Environmental Law (LGA) in numeral 2.3 of article 2, prescribes that the environment comprises the physical, chemical and biological elements of natural or anthropogenic origin that, individually or in association, make up the environment in which life takes place.

These are the factors that ensure the individual and collective health of people and the conservation of natural resources, biological diversity and the cultural heritage associated with them; among others. In the words of De La Puente, the elements described in the LGA "(...) *can be classified into three groups: a) the natural environment, which includes air, water, soil, flora and fauna, and the interrelationships between these; b) the environment built by man, which includes cities and infrastructure works; and, c) the social environment, which includes the social, political and cultural systems (...)*"[69].

68 As a fundamental right, it is protected by a guarantee of protection through the corresponding constitutional process before the Judicial Power and the Constitutional Court.

69 De La Puente, L. Responsibility for pure environmental damage and the Peruvian civil code, Lima: *Revista Themis* N° 60, p. 296.

The environment is understood by the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court as a system in which all elements interact with each other in harmony. This environment in turn interacts with society, which is protected, so that it does not degrade or lose its harmony in a way that would impede enjoyment of the right or, still worse, that would affect the life of the living beings in it and the forests that are part of it.

2. CONSTITUTIONAL BASIS FOR ADMINISTRATIVE TECHNIQUES FOR PROTECTION OF THE ENVIRONMENT: THE "ECOLOGICAL CONSTITUTION"

The Judgment of the Constitutional Court kept in file N° 03343-2007-PA/TC - 02/19/2009[70] has clarified the foundation of administrative intervention; that is, the general interests that justify the intervention of the State. This is considered the "Ecological Constitution".

> *9. Hence, a set of actions that the State is committed to carry out and promote, in order to preserve and preserve the environment against human activities that could affect it. This national policy must allow the integral development of all generations of Peruvians who have the right to enjoy an adequate environment for their well-being.*
>
> *10. Developing the scope of the constitutional articles referred to, article 9 of the General Law of the Environment, Law No. 28611, establishes: "The National Environmental Policy aims to improve people's quality of life, ensuring the existence of healthy, viable and functional ecosystems in the long term; and the country's sustainable development, through the prevention, protection and recovery of the environment and its components, the conservation and sustainable use of natural resources, in a responsible manner consistent with the respect for the fundamental rights of the person" (underlining added).*

The "Ecological Constitution" thus allows for the design of policies and regulatory frameworks for the sustainable exploitation of natural resources and other elements of the environment, with a systemic approach and sustainable development, provided that such exploitation is in favor of the community in general and is done in a sustainable

70 Ruling Available in: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html.

fashion. In this constitutional framework, Peruvian environmental law uses a series of administrative intervention techniques; mainly, the following:

(i) Administrative police activity, through the Environmental Impact Assessment System (SEIA) through prior approvals (environmental certifications) of the respective environmental management instruments (IGA)[71] of the investment projects which, according to the Law of the Environmental Impact Assessment System, must have an IGA usually those that can cause significant negative impacts to the environment.

(ii) Administrative police activity, through a system of prior qualifications (concessions, authorizations, permits, licenses) for the economic use of natural resources[72], through the administrative regimes established by the Law of Sustainable Use of Natural Resources, Sectoral Laws on the subject: for example, General Law of Mining, Law of Water Resources, Forestry and Wildlife Law, General Law of Fisheries, Beach Law, among others.

(iii) Promotion, through the incentives system, of clean production and compliance with environmental regulations[73].

(iv) Other market mechanisms or those from treaties or international agreements.

(v) Protection of Protected Natural Areas, through the establishment of geographical zones with significant environmental value that must be protected and administered under a legal regime; that is, the National Service of Natural Protected Areas (Sernanp).

71 Environmental impact statement, detailed and semi-detailed Environmental Impact Study.

72 The compliance, by individuals, of carrying out economic activities for exploitation of public domain assets, such as natural resources, with the respective enabling titles (authorizations, concessions, permits, licenses), is supervised by public entities with the authority to grant said titles. Environmental oversight is overseen by other public bodies, such as OEFA, Serfor, Osinfor, and the subnational levels of government.

73 The OEFA is in charge of the incentives regime for compliance with environmental standards.

(vi) The techniques of inspection, control, surveillance and oversight of the environmental elements (natural resources, for example, known as “sectoral control “) and of the environment as a whole (known as “environmental control”), which establishes each sectorial law for the subject, as well as the sanctioning authority, through the National System of Evaluation Environmental Monitoring (SINEFA) whose objective is to monitor, supervise and, where appropriate, sanction illicit environmental administration, articulating these actions through a system whose the governing body is the Agency for Environmental Assessment and Control[74].

3. THE CONNECTION OF ENVIRONMENTAL FUNCTIONAL SYSTEMS

Environmental management requires vertical and horizontal coordination with all competent State entities. Legislatively this is called *cross-sectoral*. This coordination is executed in part, through the functional systems that, according to Article 45 of Law N ° 29158, Organic Law of the Executive Power (hereinafter, LOPE), are those that *“are intended to ensure compliance with public policies that require the participation of all or several State entities. The Executive Branch is responsible for regulating and operating the Functional Systems. The rules of the System establish the attributions of the System’s Governing Body.”*

There are numerous environmental functional systems, but we will refer to only three of them in this section. The National Environmental Management System, the National Environmental Impact Assessment System (SEIA) and the National System of Environmental Assessment and Control (SINEFA), whose objective is the management of environmental impacts and carrying out environmental control, respectively.

3.1. The National Environmental Management System (SNGA)

With the birth of environmental administrative law in Peru, the SNGA also emerged. The current Article 15 of the LGA provides that the SNGA is a functional system that aims to integrate all systems forming part of the environmental sector. Subsequently, Law N° 28245,

74 There are also environmental crimes regulated by the Criminal Code, but it is not an administrative law technique for the protection of the environment.

Framework Law of the National Environmental Management System, establishes that its purpose is to guide, integrate, coordinate, supervise, evaluate and guarantee the application of policies, plans, programs and actions aimed at environmental protection, and contribute to the conservation and sustainable use of natural resources.

The SNGA is composed of the state institutions, organs and offices of the different ministries, decentralized public bodies (now called public agencies by the LOPE) and public institutions at the national, regional and local level that exercise authorities and functions regarding the environment and natural resources, as well as by the Regional and Local Environmental Management Systems, with the participation of the private sector and civil society.

This system makes it clear that legal protection of the environment requires the unified and harmonious coordination of the entities involved, the systems created, and the objectives of the national policies outlined. All functional systems aim at common objectives, which in turn are derived from a general objective: the protection of the environment. The SNGA's governing body is the Ministry of the Environment. As such, it is the overall national-level coordinator of the execution of national policies related to the environment and compliance with environmental regulations.

3.2. The Environmental Impact Assessment System (SEIA)

The National Environmental Impact Assessment System (SEIA) was created through Law N° 27446, with the purpose of (i) creating a unique and coordinated system for identification, prevention, supervision, control and early correction of negative environmental impacts derived from the human actions expressed through the investment project; (ii) establishing a uniform process that includes the requirements, stages, and scope of environmental impact assessments for investment projects; and, (iii) establishing the mechanisms that ensure citizen participation in the environmental impact assessment process. The SEIA thus has under its authority the policies, plans and programs at the national, regional and local levels that can have significant environmental implications; as well as public, private and mixed capital investment projects involving activities, constructions, works, and other commercial and service activities that may cause significant negative environmental impacts.

In this regard, the LGA notes that environmental management instruments are mechanisms aimed at the implementation of the environmental policy. They constitute operational means that are designed, regulated and applied with a functional or complementary character, to achieve compliance with the National Environmental Policy and the environmental regulations governing the country.

These instruments may be planning, promotion, prevention, control, correction, information, financing, participation, and inspection, as well as instruments aimed at conserving natural resources and instruments for environmental control and sanctions.

It is also worth noting that the General Environmental Law states that all human activities involving buildings, works, services and other activities, as well as public policies, plans and programs that may cause significant environmental impacts, are subject, in accordance with the law, to the SEIA, which is administered by the National Environmental Authority.

The SEIA Law states that the execution of projects, services and commercial activities cannot be initiated and that no national, sectoral, regional or local authority can approve, authorize, allow, grant or enable them if they do not hold the prior environmental certification contained in the Resolution issued by the respective competent authority. Both the SEIA Law and its regulations have established the categorization of projects according to their environmental risk in Category I, II and III.

In 2012, a new actor was introduced to the SEIA. Through Law No. 29968, the National Environmental Certification Service for Sustainable Investments (SENACE) was created as part of the SEIA. It is the entity in charge of reviewing and approving the detailed Environmental Impact Studies.

3.3. The National Environmental Assessment and Control System (SINEFA)

The Second Final Complementary Provision of Legislative Decree No. 1013 of May 13, 2008, which approves the Law on creation, organization and functions of the Ministry of the Environment (MINAM), created the Agency for Evaluation and Environmental Enforcement as a specialized

technical agency assigned to the MINAM, responsible for oversight, supervision, control and sanction in environmental matters. One of its basic functions is to direct and supervise application of the common oversight and environmental control regime and the incentive regime provided in the LGA, as well as directly supervising and controlling compliance with the activities thereby corresponding by Law.

After its creation, through Law N° 29325, the National System of Environmental Assessment and Control (SINEFA) was established, with the OEFA designated as governing body. The SINEFA's objective is to ensure compliance with environmental legislation, as well as to supervise and guarantee that the functions of evaluation, supervision, oversight, control and sanctioning authority in environmental matters, under the responsibility of the various State entities, are carried out in a independent, impartial, agile and efficient manner, in accordance with the provisions of the Law of the SNGA, the LGA, the National Environmental Policy and other standards, policies, plans, strategies, programs and actions designed to contribute to the existence of healthy, viable and functional ecosystems, to the development of productive activities and the sustainable use of natural resources that contribute to effective environmental management and protection.

The SINEFA has as actors: the OEFA, as its governing body, the MINAM and the Environmental, National, Regional or Local Enforcement Entities, known by their acronym EFA. It is important to point out that the OEFA, as the governing entity for the SINEFA, has the duty and responsibility derived from the supervisory function of the national, regional or local EFAs, by virtue of which it monitors and verifies performance of the national, regional and local environmental control entities' control functions. For these purposes, the OEFA can establish procedures for the delivery of reports, technical briefs and any information related to the fulfillment of the functions of which the EFA is in charge.

According to Law No. 29325, Law of the National Environmental Assessment and Control System (SINEFA), the audit and sanctioning function is the power to investigate the commission of possible punishable administrative infractions, to dictate corrective and precautionary measures and to impose sanctions for[75]:

75 Enforceable environmental obligations are considered (Article 17 of the SINEFA Law) all those included in the previous paragraphs.

(i) Non-compliance with the obligations contained in environmental regulations.

(ii) Non-compliance with obligations and commitments derived from the environmental management instruments indicated in the current environmental regulations (i.e., Environmental Impact Study, Environmental Impact Statement, Environmental Management Plan, etc.).

(iii) Non-compliance with environmental commitments derived from concession contracts.

(iv) Non-compliance with precautionary, preventive or corrective measures, as well as the provisions and mandates issued by OEFA.

(v) Others that correspond to the scope of its authorities.

It is important to note that the SINEFA has coexisted - and still coexists in some sectors, pending transfer - with the other control regimes that were in force at the time of its creation.

These were part of the individual legal regimes for each natural resource (sectoral regulations or sectoral environmental legislation in the terms of Lozano), and will continue until the process of transferring authorities to the OEFA comes to an end. However, to help understand the legal order of environmental control (quite complex and exuberant) there are some general structural guidelines:

(i) Regarding the obligations established by sectoral environmental legislation. The absence of enabling titles to exploit natural resources, or the exercise of activities in accordance with the conditions of the enabling title and the applicable legal regime, is overseen by the competent sector; that is, the entity in charge of granting them through its supervising body.

This can be called sectoral control. For example: mining control, fisheries inspection, inspection of the National Water Authority, etc., regarding the substantive aspects of the activity's performance, such as not having the qualifying title to legitimately carry out the activity or doing so with a title but without fulfilling the obligations to which the individual is subject.

(ii) Regarding horizontal or transversal environmental legislation. The other control is directly environmental. This includes the evaluation, supervision, monitoring, and control of the enforceable environmental obligations established in Art. 17 of the SINEFA Law and all the environmental regulations concordant to and developed from it.

This complexity is manifested in practice, for example, when there are economic activities carried out (with or without a qualifying title) on natural resources that in turn affect the environment. There is a tendency to see gray areas, which leads to confusion because, in effect, legal assets are intermingled (environment and natural resources); in light of this, we must then try to be consistent, and clarify the legal regimes, differentiating and separating between control over qualifying titles and the conditions in which they are exercised (sectoral legislation), and environmental control in relation to the effects that those activities (with or without qualification, with or without IGA, etc.) have on the environment.

4. CONCLUSIONS

Environmental protection in Peru has a constitutional basis. The 1993 Constitution recognizes the environment as the fundamental right to enjoy a balanced and adequate environment in which to exist (Article 2, Num. 22).

The environment is considered a system whose microcomponents (material and immaterial), of animal or anthropogenic origin, interact with each other in harmony. This environment in turn interacts with society, which is protected, so that it does not degrade or lose its harmony in a way that prevents the enjoyment of the right (systemic approach).

The challenge for acceptable environmental protection is complicated by profuse environmental regulations (global and domestic) and the administrative organization transformations that accompany it.

5. REFERENCES

Cruz, J. y Ali Turrillas, J. (2005). *La protección jurídica de la biodiversidad (mecanismos de protección de los espacios y las especies naturales).* España: Montecorvo.

De la Puente, L. (2011). *Responsibility for pure environmental damage and the Peruvian civil code*. Lima: Revista Themis.

Lozano, B. (2010). *Derecho ambiental administrativo*. España: La Ley.

Peruvian Constitutional Ruling. (2009). EXP. N.O 03343-2007-PA/TC. December 30, 2018, de Peruvian Constitutional Ruling. Sitio web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pd

Rojas Montes, V. (2006). *El derecho administrativo y la protección del medio ambiente en el Perú*. Zaragoza: Aragon, Departamento de Hacienda y Administración Pública.

United Nations Environment Program. (1972). *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. December 30, 2018, de United Nations Environment Program Sitio web: http://www.un-documents.net/unchedec.htm.

United Nations. (1993). *Convention on Biological Diversity*. December 30, 2018, de The Secretariat of the Convention on Biological Diversity (SCBD) Sitio web: https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf.

United Nations. (1992). *Rio Declaration on environment and development*. December 30, 2018, de The United Nations Sitio web: http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Recibido: 10 de octubre de 2018

Aceptado: 20 de abril de 2019

Dra. Verónica Rojas Montes: Docente Titular de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Facultad de Derecho.

Correo electrónico: vrojas@pucp.pe

La evolución del Derecho, como modo para regular la vida diaria, un aporte desde la perspectiva ecuatoriana

The Evolution of the Law, as a Mode for Regulating Everyday Life, from an Ecuadorian Perspective

Dominique Unda Mateus
Coordinadora (investigadores en formación) GIDE-PUCE y autora corresponsal

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 137-174, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente documento se refiere a la evolución del Derecho como herramienta de regulación de la vida social durante las distintas épocas históricas, en las civilizaciones mesopotámica, griega, altomedieval, el incanato, y la de Roma, y sus sucesoras en el Derecho: la Recepción medieval y moderna, y la contemporánea. El objetivo principal es reconocer los motivos que desencadenan su cambio de perspectiva y, a partir de dicho análisis, detallar su proceso de transformación en la historia, teniendo en cuenta que, las diversas formas de hacer y entender al Derecho, han afectado los factores sociales, económicos e institucionales. La principal motivación para esta investigación, es reflexionar e identificar concepciones relevantes en la Historia que se manifiestan en el modo de producir y ejercitar el Derecho, y que en los momentos primitivos se relacionan con la extensión religiosa, hasta la legitimación de las clases sociales. Finalmente, aunque el Derecho se caracteriza por una naturaleza en cierto modo cambiante, solo cabe comprenderlo como realidad histórica, consecuencia de un pasado que, hoy más que nunca, lo vincula de modo muy similar en el mundo globalizado, a las concepciones que, desde Roma, se desarrollaron en el occidente europeo.

PALABRAS CLAVE: historia de la ley, reglas sociales, sociedad, sistema legal, civilizaciones.

ABSTRACT: this document refers to Law's evolution as a tool for regulating social life during the different historical ages—in the Mesopotamian, Greek, Early Medieval and Inca times, and Roman

civilizations, and their successors in Law: of the medieval, modern and contemporary receptions. Recognizing the reasons that trigger the change of perspective is this analysis's main objective and, from said analysis, detailing its historical transformation process, considering that the various ways of doing and understanding the law have affected the social, economic and institutional factors. This research's main motivation is to reflect and identify relevant Historical concepts that are manifested in the way of producing and exercising Law, and that in primitive moments are related to religious extension, and even to the legitimization of social classes. Finally, although Law is characterized by a somewhat changing nature, it can only be understood as a historical reality, a consequence of a past that, more than ever, links it in a similar way in the globalized world—to concepts that, from Rome, were developed in Western Europe.

KEY WORDS: history of Law, social rules, society, legal system, civilizations.

INTRODUCTION

The doctrine hesitates when it tries to define the law[76]; there is no univocal definition, and it is coherent that the concept of law evolves as it develops within the social and global reality. In that sense, it is important to know how the law has been created and adapted to society's different realities. Its object and the interests that spawned it in the past are those which have influenced its current aspect. The evolution of law in societies deserves to be studied, given that its formulation and understanding are interrelated with the very functioning of society.

This paper's objective is to describe, in a synthetic way, the conception of law in its social context, at different historical moments of civilizations, from both a general and a specific focus. And, in a more detailed way, analyze its evolution, understand the reason that giving rise to the change of its perspective, and establish a general definition using the conceptualizations obtained through each civilization (Botha, 1962).

76 This paper is part of the GIDE-PUCE Project No. 5, "Legal Systems, Efficiency and Justice," an international research initiative on legal historical content which also includes junior researchers from the GIDE-PUCE Research Group under the supervision of University of Americas (UDLA) Professor Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado.

The study of this problem is motivated by the interest in expanding the knowledge of those who are involved in the field of law, thus creating conceptualizations that encompass the approach of jurisprudence, in its original sense of doctrine, in society.

The first section of the document describes the law in antiquity, most alien to our specifically legal culture, and specifically in Mesopotamia, where it was understood as a way of regulating human life out of the divine will, often written; and in which respect for the mandates of the king acquired particular relevance, as well as the determination of behavioral regulation mechanisms that prevented conflicts from arising within society, or, where appropriate, could be resolved with precision and ease. Therefore, in the face of conflicts, the type of punishment was based on the law of retaliation: ''An eye for an eye, a tooth for a tooth.''

The second section deals with law in Greece, where it is consolidated as a custom, and stages can be distinguished in its evolution, out of the rules with customary character, which were considered to be revealed by the gods to the monarch. Democracy existed thanks to an institutional system in which the assemblies and councils participated in the decisions of all citizens.

The third section of the document describes features of Roman law, which in its beginnings was understood as a cluster of traditional customs transmitted orally and then in writing, during the various stages of its civilization: monarchy, republic and the different phases of empire. The norms in Rome, created by different sources, were ordered and established in juridical bodies, in order to maintain the political and social balance and stability.

The fourth section deals with the law in the Inca empire, or incanato, in South America prior to its incorporation into the western cultural space. Regarding the data that can be used to speak of primitive law, in regard to religion, upon which the customary rules of social coexistence depended. The Inca was an absolute monarch, chosen by a divinity that gave him the power to dictate laws and impart justice.

In the fifth section we speak of Law temporarily in a very unequal historical epoch--the Middle Ages, in which two major moments can be distinguished: before and after the reception of the Common Law. The insecurity of the times and the instability caused by the

invasions and violence throughout Europe, facilitate a new order in which inequality and personal and social differences articulate a class-based society. This has its reflection in the norms that regulate the coexistence between different groups and classes, to which the influence of the Church, Christian religious thought, and the Canon Law are united. This, out of what is considered the Middle Ages, displays a remarkable development and influence, together with the Civil Law contained in the Justinian compilation; giving rise to an increasingly conceptually brilliant legal system that, under the name of Common Law, constitutes the legal basis for the entire West and, ultimately, for contemporary legal systems. Of the schools that are included in the so-called *mos Italicus*, especially those of the ultramontanes and the commentators, the main purpose was to understand, analyze and interpret that Common Law to adapt it to society and create a practical and positive Law that could be used to achieve greater legal security.

Throughout the sixth section some ideas are offered regarding the development of that Common Law, which during the Renaissance period underwent the development of a model of scholarly, theoretical study. It carries primordial interest for the historical and sociological areas, and is known as *mos gallicus*.

The seventh section deals with the transplanting of the Common Law prevalent in Europe to America, thanks to the Spanish colonizers. This organized life in the New World according to the Western model, although not without resistance and contradictions between its proclaimed charitable purposes and private material interests.

In the last section, the vision centers on contemporary civilization, focused on the Ecuadorian perspective: its evolution and its remarkable manifestations, in a unifying process. The law was used as an instrument for organization and implementation of triumphant political ideologies starting with the first independent constitutional text in 1830.

From that examined, we can see the concept of Law as an object for change and transformation with each civilization, which can be studied throughout history (Mosley, 1932). It results in different ways of seeing its origin and manifestations; that is, its sources and its purpose so as to harmoniously regulate social coexistence.

1. THE LAW OF ANTIQUITY: MESOPOTAMIA

The history of law has developed alongside the sociological evolution of human beings, and as humans implemented norms for healthy and peaceful coexistence within the society in which they existed according to the time; of course, this has been a long and complex process. In ancient times there were civilizations that, thanks to their great social progress, managed to leave a mark not only on human history, but on the history of law. Their methods were used by the doctrine and remain a source for study within universities around the world: this is the case of the Mesopotamian cultures (Westbrook, 2015).

In Asia we find the oldest testimonies of law (Botha, 1962). One of the largest cultural groups was located in Mesopotamia, where the first societies were established, governed by laws promulgated by kings and backed by a priestly circle. The fertile plains that irrigate the Tigris and the Euphrates and which makes for an excellent communications hub, witnessed a multitude of peoples. Between 3200 and 2800 a. C., the predominant people were the Sumerians, organized into city-states, endowed as much for war as for commerce, and governed by a king, who was the high priest. The temple was the political and religious center, at the same time as it constituted an important economic nucleus. Centuries later, around 1900 a. C. a dynasty was established in Babylon, to which Hammurabi belonged.

Mesopotamia understood the law within an absolute regime, where priests had a preeminence of power, which allowed them to intervene in everyday matters, such as ceremonies or rituals, as well as in the acceptance of customs and legal reforms. The Sumerian society was one of the first societies to organize and codify norms into a single code, that of Hammurabi. This was an initiative of the king, focused on securing correct fulfillment of the laws (Westbrook, 2015).

In Mesopotamia one cannot properly speak of an idea of State, but of an absolute power, independent of external controls, with a domain over territories. It was considered that the power with which the king acted was divine, emanating from a divinity, from which the force of the oath was derived. This linked men with gods in submission to the rules of behavior. Due to their complicated geographical location, the Sumerians had to devise the most organized way possible to develop with limited resources. Their society does not seem to have a consideration of man as a person entitled to rights; the modes of

division of labor offer us an idea of a society in which each person had a specific function within social development, which was the ultimate goal. The temple was the political and economic center of the city-states, such that, consequently, the priest was the one who exercised full power and served as supreme judge and administrator of the public patrimony. It seems that in many city-states the priest was considered a kind of local god, at the service of a more powerful god of war (Botha, 1962).

The Mesopotamian kingdom of Babylon was one of the most powerful of the time, during the reign of Hammurabi, who was considered to be the God of Justice. It seems that he exercised a broad leadership and fostered a society in which laws had to be respected in order to achieve social stability.

He was the pioneer in "positivizing" the Law, in the sense that he used the scribes to transcribe his laws, which constitute the aforementioned Hammurabi Code. For the first time in our recorded history, the Law was put into writing, which implies open publicity before society (Westbrook, 2015).

The legal collection contained 280 articles, of civil, criminal and administrative law. Severe punishments abounded, with frequent repetition of the death sentences and mutilations. In short, the work

> Consists of three parts: the preamble, the legal provisions and the epilogue. The first is largely dedicated to perpetuating the titles of Hammurabi and his glorious deeds. He begins by saying that Anu, the supreme leader, and Bel, lord of heaven and earth, entrusted Marduk with the care of Humanity, and Hammurabi, the one fearful of God, with the tasks of doing justice on earth, destroying the evil one, extirpating wrongdoing and keeping watch so that the strong do not oppress the weak. "They call me Hammurabi, the pastor, the one chosen by Belpara to bring happiness to human beings."
>
> After listing the most outstanding ephemerides of his reign, he closes the preamble with these words: "When Marduk sent me to govern men, to sustain and instruct the world, I established justice and law in my country, and I created men's happiness."
>
> Among other noteworthy things, the provisions concerning the responsibility of the State or of the doubt, which guarantee people's

> security when it is not possible to find the wrongdoer, stand out. The procedure, both civil and criminal, rests on clear and precise rules. The condition of the witnesses is defined and whoever tries to cheat them is punished, as well as the magistrates. Establishing severe sanctions for the venal judges' compliant hearers of their duties, the cases are listed in which it is permissible to destroy the constancy tablets. (Franco, 1962, p. 333)

Criminal Law stands out as the main element of those which constitute it, based on the law of talion (eye for an eye, tooth for a tooth), with the idea of reducing retaliation for damages to payment equal the damage caused. This vision of a retributive justice and a rigorous criminal system highlight a conception of Law as an elementary instrument for balance and social order.

The civil administration, as described by Cramer in *History Begins in Sumer*, was an extensive hierarchy of officials, in charge of large hydraulic works, foremen, scribes, priests. There was a code copied by the scribes, where various subjects were collected, analogously, perhaps, to some notaries, which functioned as files that carried exemptions from debts, rights of the poor, contracts, ... The purpose that we are interested in highlighting is that which consisted of guaranteeing the *status quo*, a certain immobility, in which the laws were not changed, and which remained static in time.

2. THE LAW OF ANTIQUITY: GREECE

2.1. Stages of Law in the Greek City States

Law in Greece can be divided into three fundamental stages that constituted the evolution of a customary law. At first, law in Greece seems to have been conceived as a sacred custom, the fruit of a revelation of the gods to the kings. It emphasized the divine punishment of the contraventions of the laws. Law was part of theology. In order to understand the contribution of the Greeks to the concept of civilization, the evolution of their own legal systems, the creation of written laws, their reflection regarding justice and the constitutional systems of the city-states must be considered (Bernal, 2010, pp. 43-ss).

In the first stage, the gestation of classical philosophy by thinkers such as Socrates, Plato and Aristotle stands out, for whom the issues of law, justice and law were the subject of frequent reflection, to the point that they have special prominence in the Socrates' death.

In a second stage of technological and social advances, the city of Athens enjoyed the mandate of several legislators, whose laws were considered a model of wisdom in the creation of rules for social coexistence. It would seem that it was the enormous social inequalities that motivated Draco's laws --very rigid, to avoid injustices-- but they did not work. The reforms of Solón and Pisístrato would try to offer a more efficient social order (Bernal Gómez, 2010, p. 47).

The compilations of sacred customs that, before Dracón, surrounded by a certain legendary, mythical aura, were undertaken by Zaleuco de Locri and Carondas, and later Solon, by giving a written form to their codes, the *Zeismoi*, converted some sacred uses into *monoi*, or human laws. In this way the law was separated, to some extent, from religion, and "family responsibility is constituted by the individual and private revenge follows the legal punishment imposed by the state" (Tobio, L. 1945).

Sparta, despite being an eminently agricultural city-state, was renamed for its powerful army, which influenced its political regime: a militarist system. It was the first town that was regulated by a type of constitution (*Rhetra*). It had no development or commercial power, but with its agriculture it maintained its economy and with its army its influence. The *Rhetra* (700 BC), was part of Sparta's political structure, and was attributed to the wisdom of another great legislator, Lycurgus. In his formation process a supernatural element appeared constantly: the legend told that the wise man wished go to the oracle of Delphi, to listen to the opinion of the gods regarding his judicial work (Botha, 1962).

The main elements characterizing the laws of Lycurgus are: a) part of the Spartan political structure, which had a dual monarchy, that is, the supreme command fell to two hereditary kings, representing two noble houses, usually rivals, and that they functioned as high religious and military authorities, as supreme leaders of the army and political life; b) a council of elders, called *Gerusía*, composed of 28 nobles of advanced age, chosen among the aristocratic families, to which the two monarchs were added, by their own right.

The main function of the *Gerusia* was to prepare all matters that were to be brought to the attention of the Assembly, as well as to conform a superior court in matters involving the death penalty for a Spartan; c) an elective popular assembly, called *Apella*, in which resided the will of the people theoretically resided, and which was constituted by Spartans over thirty years of age, and met once a month under the command of various magistrates, the *ephors*, to approve the projects that sent for consultation (it had no power to initiate matters by its own initiative) and; d) five magistrates, called *Eforos,* true directors of political life, in whom resided the true government of the city-state.

They had the power of control, with unquestionable authority, to watch over the morals of the citizens. They were in charge of the diplomatic relations of Sparta with the other powers (they were the ones who received the foreign embassies) and, even, for specific cases of civil order, they could function as judges or be constituted in courts of justice (Bernal, 2010, pp. 44-45).

There followed a cumulative growth of the legal body, since, when legal confusion arose, a committee was appointed to determine the law that should prevail. It was considered that no magistrate could solve cases based on the unwritten law, but rather on those fixed norms.

As is customary in these first jurisdictions, the law's coverage is indistinct in regard to its provisions in both civil and criminal matters. In addition, law appears imbued with religious character, which implies that the evilness of the crime also signifies an offense to the gods, a blasphemy. Another frequent feature of the primitive orderings is also found within this system: autocomposition, that is, the possibility of resorting to private revenge in certain cases, the causes for homicide, according to the class and origin, passed through four courts that judged if it was voluntary or excusable.

The property right itself was absolute, demanded with full rigor, and a herald every year proclaimed that whoever possessed property would continue to be the holder and absolute owner of things (Tobio, L. 1945). A certain type of distinction can be identified between public law and private law; Greek law was in a certain way the base of Roman law, which would evolve in a unique form.

2.2 Political and Social Structure and Law

Of law in Greece, the political and institutional framework in which it appears is of primary interest (Gaudemet, and Chevreau, 2014). The types of government evolved and were subject of careful study, especially by Herodotus and Aristotle.

In the most primitive monarchy, the king was absolute ruler, and administered justice in the polis; in some of these, such as Athens, the monarchical form was replaced by an aristocracy, in which power was exercised by a minority, constituted by noble families. Sometimes the cities had “tyrants”, who, with the support of the people, reached the government for a time.

The most significant Greek political model was democracy, characterized by isonomy, which made all citizens equal and free before the law (Bobbio, 1987), aside from non-citizens and the numerous slaves. The most notable democratic expression were the assemblies and councils, constituted and elected by the citizens, and which reserved the final decisions for the life of the polis and the control of public offices.

In the polis, there was a division between citizens, versus non-citizens and slaves, so that rights also depended on social class, in relation to the antiquity of citizenship: citizens whose parents were also citizens enjoyed a plentitude of political rights, while the *metecos* and *periecos* of Athens and Sparta, inhabitants of the outskirts of the city, were not considered citizens, nor did they participate in political rights, or even ownership of properties. Their life depended on commerce and craftsmanship.

The slaves, a generalized institution throughout antiquity, did not have legal personality; the law placed them among things which were the object of property. One fell into such a terrible state as a result of a debt sentence, by birth, or by being captured in war between enemies.

We can emphasize that law in Greece shows, as its most interesting feature, its dependence on the political and social structure, with the idea of equality identified with citizenship, and the consideration of law in relation to order and justice.

Classical Greek civilization - wrote Aymard and Auboyer (1958) -, in its essence, is a civilization of the polis and it was weakened when the city was unable to overcome the internal and external political difficulties that besieged it, demonstrating its inability to satisfy the aspirations of its citizens. Other more powerful civilizations would end up absorbing it: the Hellenic empire of Alexander and, later, the flourishing Roman expansion, that, in its origins, appears rooted in Greece.

3. FEATURES OF LAW IN ROME

It is not easy to provide sufficiently precise and synthetic features regarding law in Rome. Millions of pages have been written about it, during two thousand years. We only aspire to highlight certain considerations. Rome was a civilization constituted in part based on the Law. But also, to thoroughly understand, the importance that the Roman Empire had within the legal field, it is necessary to analyze the social evolution of the time (Kunkel, 2003).

The history of Roman law begins in a community of humble conditions, which is organized as one of the significant city-states of antiquity; which gravitated, in terms urban, social and political order, around a single fortified bastion, the scene of economic traffic and the totality of political life. Around it extends an area with isolated hamlets and small villages (Botha, 1962).

The Romans created a political structure, after various kings who occupied a legendary era, which was modified at successive moments. They never came to depersonalize the concept of state; for them, the state was not an abstract power, which appears before the individual, ordering or allowing something, but simply the set of people that compose it; that is, the state could not be explained without the citizens themselves. Hence, their own denomination indicated the community of citizens: *Populus Romanus*. The political structure incorporated aristocratic and monarchical elements, configuring it as a mixed regime (Bobbio, 1987, p. 44-ss.), which would remain, more in theory than in practice, until its collapse in the West in the fifth century. The aristocratic element, referring to the organ that welcomed the old families and the new ones, enriched, was used in thus identification of the republic (which subsisted until the low empire): *SPQR*, the Senate and the Roman People.

Roman Law was the system of norms that Rome created to regulate its life, but that, later, remained in the eastern part of its empire, in Byzantium, until its fall in 1453, and that constituted a formative element of the Law of the political units that were constituted in the West following Roman disintegration. Afterwards, it is notable how in the late Middle Ages this Law once again acquires a leading role and becomes an element that configures university studies and, in the end, the entire legal system, which would expand from Christianity (Western Europe) to ultimately include in some way the whole world (Fernández de Buján, 2016).

The social structure of the oldest Rome differentiated patricians and commoners. The first was the top of social classes, and its name comes from the Latin *pater, patris* --that is, father-- which is how the descendants of the oldest families were recognized. The plebeians welcomed the marginal, a *plebis* that was opposed to the *gentes* (plural of *gens*, lineage), among which the number continued to grow, among foreigners arriving to the city, inhabitants of nearby towns and a few emancipated slaves, who did not belong to any recognized *gens*.

The law and the social structure are at the base of the most significant political conflicts of ancient Rome. The patricians enjoyed exclusive rights in public office, and the Law -*Ius*- was applied by the pontiffs, members of the patriciate, according to a ritual process, publicly unknown. To the protests and attempts of segregation of the plebeians, it was told that the formulation of a first written law followed. It likewise was legendarily said that this had been inspired by the wise Greek laws.

Thus, the so-called Laws of the XII Tables were drafted, registering the tensions between patriciate and plebeians, who, gradually, were arriving to all public offices (Iglesias, 1993). The importance of this Law was to put into writing standards which were made public. This facilitated open knowledge regarding access to justice, which would be completed with the decrees of magistrates, called praetors, which determined the admissibility of pretensions. To these were added, with the passage of time, other laws of the political assemblies (elections) and dispositions of the Senate.

Roman law generated rules for social life, from the perspective of its exercise before the courts: family, business, labor, and private and public relations were the subject of laws, customs or decrees that

established criteria to reach a "just" solution ", appropriate to each case, as explained by Jaime del Arenal in his summary of jurisprudential history (2016, p. 15-16 y 21-34).

The subject of Roman Law was the citizen, the *cives*, but the flexibility of its legal system allowed it to be opened to other people: the *Latini,* initially inhabitants of the surroundings and of the provinces, who in civil and commercial matters resembled these. Moreover, Rome ended up having a magistrate to deal juridically with the lawsuits that affected foreigners, non-citizens, known as *peregrini:* the pilgrim praetor opened the way to the resolution of conflicts through the application of natural legal principles *(Ius Naturale)* or those common to the different peoples *(Ius Gentium)* (Arenal, 2016, p. 22; Gaudemet and Chevreau 2014).

The methods of acquiring Roman Law are different. The simplest distinguishes an archaic, a classical and a postclassic period: according to different criteria, the former embraces the political forms of the monarchy and the republic, the latter begins sooner or later, within the republican stage and it is understood to extend until the crisis of the third century (Iglesias, 1993, Fernández de Buján, 2017, Arenal, 2016).

The legal system in Rome, in its moments of splendor, was distinguished precisely by its great flexibility in the application of legal standards. The judge sought a just solution to the case; rightly explains Del Arenal (2016, p. 28) that followed a topical or problematic view of the Law: faced with a plurality of subjects, and legal situations, "the logical, ethical and normative elements that would best serve to order in justice, whether these are of a jurisprudential, legal or customary nature" were invoked. It was a requirement that the right of each individual be respected, and the public power had to accept its own limitations. This, in addition, led to a situation of greater security, confidence and peace, to the point of arousing the desire of other peoples, who would come to request the application of the same regime. The key was to, for centuries, maintain compliance with the realistic imperative of knowing and respecting that held by each individual. That is what Ulpiano would define as justice: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere.*

The postrema stage of the creation of Roman Law takes place after the disappearance of half the empire: in the sixth century, the reign of Justinian involved an effort to revive a Rome, whose political center

by then was already in Constantinople (Byzantium), in the East. It is not that a part of the territories that had integrated the western empire would be recaptured, but, in an imperishable way, the formation of the most important compilation of all Roman Law was established, which, after centuries would come to be known as *Corpus Iuris Civilis,* perhaps the most important legal monument of all of Western civilization (Argüello, 2002, Petit, 1904).

4. LAW IN THE INCA EMPIRE

The law of pre-Inca societies is considered to be a primitive law. People in that time gave more importance to religion than to the political and social aspects. And with respect to the Inca empire, it must be noted, as Domenack (2014) does, that study is complicated. Since we have not received much information, who suggests asking "how was the law?", instead of "what was the law?"

A Peruvian researcher, Pease, considered that the theocratic model of society and the divinization of the emperor could continually configured their version of the law: "the organization of the state is always a key to begin the study of the law of a people (...) in certain peoples where the state is theocratically organized, the law is subordinated to the interests that the ruler represents real or supposedly to the deity" (1964, p. 36).

On the other hand, it is understandable that it is believed that law among the Incas is a kind of pre-law or primitive law, since as Basadre (1997) states: the first Inca laws were given by the scuti, which refers to the things heard, and *smiriti,* to remembered things, and their first codes were compilations of customs. Because the memory of humans was poor, ways were devised to help remember them, so the first written laws were sometimes metrical rhymes (p. 237)

In this way, continues Basadre (1997), "the Incas also had to use proverbs as vehicles for the transmission of norms and as instruments to disseminate their authority. No public act could so easily and clearly the bring the enunciation of rights and obligations to the masses as the typical legal proverb" (p. 238). There were also sayings that marked the Inca society and that continue until our time, as the widely-circulated prescriptive synthesis: *ama bulla, ama sua, ama ciella ama*

sipix, ama mappa or maclla. (no thief, no liar, no lazy, no murderer, no pervert, no effeminate)" (p. 239).

Laws among the Incas extended to the private and moral area, as defined by Basadre (1997): there were laws, for example, that as stated, punished the whisperer, the gossip, the effeminate, the idle; and laws that imposed rigid rules on the use of clothing and the arrangement of hair to demonstrate a superior or inferior social situation or to identify the regional origin of each individual" (p. 247). Regarding the breach of laws, there were very extreme and rigorous punishments. The punishments acquired their rigor when they were cases concerning anything that defrauded the state.

As we mentioned earlier, the Inca empire was a theocratic state, which defines how punishments were exercised and how laws were formulated, so that "Inca law theoretically had its origin in the Inca themselves (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 2). Before his subjects, the sovereign ruler always appeared as the creator and never as the subject of the Law; he was a divinized being who could not commit a crime and who was not only authorized to dispose of the persons and property of individuals and collectives, but who was also authorized to repair any grievance and offense in his palace or on his frequent trips for the imperial territory" (Basadre, 1997, p. 241). Some advisers influenced his decisions: the *orejones* or blood nobility, related to the Inca, received military commands, administrative positions, and property.

Thanks to the texts of chroniclers and lawyers, one can have an approach to the idea of what was understood as law among the Incas: customary and rigorous laws, dictated by the king, who had divine origin and was responsible for imparting justice (Moore, 1958).

The law of the Inca theoretically had its beginning in the Inca itself. Before his subjects, the Inca always presented himself as the creator and never as the subject of the Law; he was a divinized being who could not commit any crime and who was not only authorized to choose above the people, the collectivities and property of the villagers, but who also had the power to repair any grievance and offense in his palace or during his trips through the territory of Tahuantinsuyo.

The Inca had all the power and the people, who were the majority, obeyed all orders dictated by the Inca. Despite all the social classification that existed and the rules that governed the Inca state,

it is believed that there was no law as such because there was a lack of rights for the citizens in the face of obligations that were imposed by custom or imposition, and with which they were obligated to comply.

It is thus spoken of more as more of a pre-law than a law in and of itself, since it does not look like nor did it have characteristics similar to the law we know today (Moore, 1958). Then said pre-law was governed by the set of rules and customs that were moral, religious and economic.

These were not written, since the Inca did not have any writing. They did however have a tool several functions, which was called the quipu. In the relation of the *quipucamayos* to Vaca de Castro of 1542, it is mentioned that "the quipu system, as can be seen from these observations, allowed for two relatively different uses. On the one hand, it served to store useful data for the government and the state administration. On the other hand, the data inscribed in the knots facilitated the production or reproduction of historical discourses"

The Inca norms can thus be understood as customs that have a customary character. Among the Incas there were punishments for the breach of the rules that governed this region. One of the clearest examples were the penalties for lack of respect for the Inca deities and the men who ruled the town as well as the elderly, who deserved special treatment and respect (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 2).

Since their rules were customary and strongly influenced by religion, they were not written, but they were promulgated in the sayings, sentences and commandments of the people and the citizens knew the rules that governed them.

> "The way to give this news to the Inca and to those of his Supreme Council was by knots in different colored cords, which were understood by them as numbers. Because the knots of such and such colors said the offenses that had been punished. And certain threads of different colors, which were attached to the thicker cords, read the penalty that had been given and the law that had been executed" (Pease, 2007, p. 92).

The types of crimes that existed were first against the state and the sacred person who was the Inca. The state had a divine character and because of said condition of divinity, there was an extra protection. This was demonstrated in the punishments that were inflicted for crimes

committed against the state, which were heavily punished. A clear example of a crime against the state in that time was uprising, which was considered a serious crime due to going against the divine will.

There were also crimes against the person: crimes that were committed against people's health and life were punished. One of the most serious crimes was homicide, but it took on far more relevance and was punished more severely if the person against whom the offense was committed was considered sacred. If so, the crime had very serious consequences towards the individual who committed it (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 2).

The penalty among the Inca had greater veracity if a recidivism was committed for a minor offense; but if the crime was of great importance and had caused notable damage, the penalties were still more severe, to the point of reaching the death penalty. The most relevant penalties that existed, and of greater veracity, were: the death penalty, corporal punishment, deprivation of liberty and economic penalties.

It should be emphasized that the punishments that were imparted were not of a criminal nature, but of a divine nature. The perception was that breaking a law was not a fault towards the social order, but rather towards the divinity, which in this case was the Inca sent by the sun father.

In conclusion, the Incas were governed by rules of a distinctly customary nature and were strongly influenced by religion, since in this historical period the divinities and their influence in the community were considered, and the crimes committed against them were strongly punished.

5. MEDIEVAL LAW: FROM LEGAL DISPERSION TO COMMON LAW

Medieval law was marked by diversity. As correctly explained in a masterpiece by Prof. Rafael Gibert (1982), its formative elements were Germanic, Roman and Canonical Law. The first of these was consequence of the invasions that inundated Western Europe from the 5th century on. The second was the legal system in force even after the fall of the Roman imperial political structure in the West. And the third is the Law of the Church (then identified with the

Catholic church); it is the legal system that regulates the behavior of its members. Christianity did not stop expanding from the first century onwards, through the preaching of its faithful. It can be considered the first religion in history that was created for purposes of universalization and protection of the disadvantaged. In Roman times Christians had been persecuted, but since the year 380 it had become the official religion of the Empire (Musson, 2001).

From then on, the Law of the Middle Ages is created in a space that would come to be known as Christianity. Far from a mere sociological observation, Christianity came to be configured as a community with political consequences, especially when its spiritual head, the Pope, considered it necessary or convenient for the Church's own freedom that there be an emperor, such as the Roman emperor, but raised as the political head of Christianity (Musson, 2001). That is what the coronation of Charlemagne meant, firstly, in the year 800, and, in the eleventh century, the renovatio Imperii which had as its center the German territory, in what, with time, became the Sacred Germanic Roman Empire. In this way, there was originally a close alliance between the emperor and the pope. However, there was soon cause for dissent, which would end up undermining the authority and prestige of various dignities (Botha, 1962).

That consequence, of the inequality, by birth, by profession or situation, there were nobles, clerics and workers. These three orders structured the society, but the places of origin, the trades, the personal conditions, all implied differentiated, "privileged" legal statutes (Mosley, 1932).

That society that had emerged in the midst of invasions of diverse peoples, which gradually, except in the case of the Arabs, managed to become evangelized and inserted into the community of peoples that made up Christianity. Society in the so-called High Middle Ages was insecure, cities were depopulated and its cultural past was guarded only in monasteries. This is how a way of organizing society emerged, using private and public criteria (Harding, 2002). It is what is known as feudalism. That violent era would be sweetened at its extremes by legal institutions that, coming out of the Church's religious influence, mitigated the harshness of the times: the truces and peace of God, the very spirit of chivalry, which inserted into the war professional a spirit of justice and protection towards the underprivileged, and constituted norms of action that are only later reflected in legal texts (Musson, 2001).

Self-composition and autonomy in the creation of Law were the consequence of the lack of a consistent real power. The normative diversity, coming from the reiteration of uses in small rural communities, gave rise to a multiplicity of rights, with each small community having its own, without a written fixation. And where the value of seniority or precedent was considered the highest authority. As explained by Bernal (2010, p. 100), in the High Middle Ages we must speak of a heterogeneous and atomized Law; all a mosaic of legal statutes that were applied in attendance to ethnic, religious or regional reasons, what then was called "of nation" (Harding, 2002). In addition, each kingdom or lordship was governed by three different types of legal statutes: the royal one, derived from the legislation issued by the king; the lordship, which depended on the rules imposed by the feudal lord on his vassals, and the district, practiced in the cities through the municipal codes. The lack of technique in the elaboration of the Law and its sacralized meaning are the other features that ultimately configure an era without legal studies, or doctrine, or books or codes, since the only written work available was from a vulgarized Roman law. Everything affects the backward movement to primitive legal customs, such as the ordeals or "judgments of God."

But, although, as Cannata narrates (1996, p. 141), between the sixth and eleventh centuries a legal science could not be found, from that century onwards the situation changes. The Church conserved the proper ideas and means to allow for a technical reflection on a normative system. In relation to the Church, in the north of Italy, a monk, Irnerio, began to recover the texts of the *Corpus Iuris Civilis* to study them and teach class. It was the beginning of the university institution. In it, the study of Justinian Roman Law and Church Law would flourish. The universities that are gradually implanted in the different European kingdoms are founded by kings, bishops and popes in the cities, population centers that increase their inhabitants (Harding, 2002); while artisans, merchants and various professionals, encouraged by the certain sense of security spread by the Crusades throughout Europe, begin to settle in them.

The first scholars who, in Bologna, began their dedication to the texts of Roman Law were known as lecturers. Later their method would be surpassed by that of the commentators, striving to find in these texts, and in those of the municipal statutes of the cities, answers to the new demands proposed by social life and the economic unfurling. Their method is known as *mos italicus* (Botha, 1962).

6. THE COMMON LAW IN THE RENAISSANCE

The Renaissance is a movement that sought to leave behind the ideas of the Middle Ages and the art, culture, literature and politics of ancient times such as Greece and Rome slowly began to make an entrance. In the Renaissance, the first states are formed before a monarchy, along with an idea of the modern state in which the power of the monarch is above the power of the nobles.

For Floris (1967) the national states were ruled around the monarchs, and provided as justification the power of rebirth. This did not deprive them of their benefits and advantages, but simply limited political power for the benefit of the monarch. Feudalism is left completely obsolete, except in countries like Germany and Italy that will turn to it in later years, leaving behind their centralized governments. Machiavelli (1935) in the work "The Prince" indicates the need to unify and decentralize the state so that peace could come to the Italian territory of that time.

For Voltaire (1450) the Renaissance consisted of a return to classical antiquity. It was a liberal movement and a reaction of the authorities in the Middle Ages based on the Church and the emperor, where feudalism was finalized with the beginning of new national states, thus giving way to a new stage of the modern age. There was also the great system of the Catholic Church and the emergence of a new philosophical current which was based on Cartesian rationalism, and introduced a new physical and spiritual mobility.

In this period, we can observe the formation of national states around a new crown, with feudalism disappearing definitively (Botha, 1962); however, these doctrines did no coincide with the division of Western Christianity into Catholics and Protestants, as there were Catholic Jesuits who picked up critical ideas regarding the untouchability of kings even when they had received power directly from God.

For Truyol and Serra, A. (1995) were several social, economic, religious and philosophical causes that produced this rebirth. Among these is the bourgeoisie, which gave rise to a young capitalism that would emerge in contrast the previous medieval-union environment, and which was nourished by the great discoveries of that time, mainly by the kingdoms of Spain and Portugal. These discoveries and the

final colonizations saturated Europe with gold and silver, allowing for the achievement of a stable economy.

The Renaissance thinker, based on all ideas, holds an idea about a social organization that was totally and strictly supported by reason and human nature. The *Mos Gallicus* was a new orientation regarding the studies of Roman law, very important in the Renaissance, and which was typically Renaissance in nature. Its main exponents were the jurists of the school of the French humanists. The objective was the knowledge and interpretation of Roman law, given a primary interest in the historical and sociological areas. In the *Mos Italicus,* the purpose was mainly to know, analyze and interpret Roman law to adapt to the society that was present, create a practical-positive right and that can be used in order to grant society a broader level of legal security.

During the Renaissance, a period of separation of man with his religious ideals was experienced. Religion ceased to be the center of the thoughts of the civilization of the time, and more importance was given to the human being as the focal point of everything. This is a time in which we could observe the disappearance of the feudal regime and the interests that favored the Catholic Church, under the tutelage of the pope and the monarch, in turn forming what we know today as the centralized modern state. The territories were unified and they formed an identity as a nation.

Once at this point, the questions that mark this investigation in an important way arise: does law come from the divine? Can a monarch dictate laws without any legal basis or prior consultation? In their time, these questions were of great controversy, since throughout the medieval period religion and arbitrariness were the common denominator.

For Floris (1967) with these questions on the table the anti-monarchial movement began to emerge in Europe, embodied in Dutch, French, and German literature, among others, thus reaching the concept of sovereignty that essentially dictates that power basically lies with the people, and not in the monarch. However, it was not achieved that sovereignty be respected as such, but prior consultation with the people before any decision that would be called deliberate was agreed upon.

The influence of Roman law in this period, called the renaissance, was very important at the moment of forging bases and consolidating the interpretation of law. It tended to replace the abstract dialectical method of medieval jurists with a philosophical and historical interpretation of the sources of Roman law (Botha, 1962).

Once again, the society was taking a giant step forward as far as legal matters were concerned, with the panorama clear and free of fear from the repression of the Middle Ages. The idea of a utopia was the ideal pursued by all the managers of the illustration: create a society centered on human nature as the axis, However, it was not possible to conclude and consolidate the ideas of a utopia, as there were still selfish interests of power appropriation.

Canon Law developed to a large degree in the Renaissance, with the study of *Corpus Iuris Canonici*, the body of laws that had been formed in the Middle Ages as a compendium similar to the work of Justinian, and which accepted the rules of coexistence in the Catholic community. Exponents had conformed a canonical doctrinal elaboration parallel to what lecturers and commentators had done with the Civil Law.

The religious persecution that took place in France forced a part of the French thinkers to emigrate to Holland at the University of Leiden; this led to the emergence of several important Romanists, such as Hugo Grotius, Ulrich Huber, and Noodt, among others, which led to the arrival of Scottish students--hence the reason why the Scots have a mixture of Anglo-Saxon and Roman law.

In England, the Renaissance was characterized mainly by centering power in a totalitarian form, and for the benefit of the king (Harding, 2002). So much so that the well-known phrases like "the emperor is not bound by the laws" such as for example Enrique VIII. It was a way of exculpating oneself from the obligations imposed by the Magna Carta. Roman law was only established in the so-called Royal Dignities, which had features of Roman and neo-Roman law.

As happened in Holland; Germany had become a country of French migrants due to religious persecution, thus enriching the legal context. "The Carolina" 5, which was a law dictated by King Charles V, had great influence with progressive features in criminal law, thus providing a state of arbitrariness. It was a mix of some criminal Roman law with Germanic traditions.

Later when the Hundred Years War was won against the English, the French state was unified and named as a modern state. Although France did not participate in the conquest of other territories, the attributes are given in political theory: constitutional, procedural, private and criminal law; these were grouped into the Ordinance of Blois (1579).

During the Renaissance era, Spain created a large number of rules established by the king and his councilors, and power was centralized for the benefit of the king. Compilations of laws such as the Royal Ordinances of Castile or Ordination of Montalvo (1484), the Laws of Toro, approved in the Courts which took place in that Spanish city in 1505. Felipe II commanded the formation of and promulgated the *Nueva Recopilación* (1567), that two and a half centuries later still will try to perfect itself, with the same system, already surpassed, and that constitutes the *Novísima Recopilación* (1805).

7. COMMON LAW IN AMERICA: INDIAN LAW

The event of Christopher Columbus' arrival to what later became known as the New World would not have been especially significant in the course of history if it had been characterized by the subjugation of the aborigines, exploitation, cruelty and the abuse of the peoples that inhabited the American lands. All history, including that of the American continent, had experienced these phenomena. The Inca empire itself or, in the north, the Aztec, had carried out an expansion at the cost of violence and forced submission of other peoples. But it was not like that (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 2).

It is true that the proportions of the tremendous mortality rate of the indigenous population are spoken of, initially in the Caribbean, and then throughout the Americas, which, either as a result of abusive treatment or disease, ended up consuming it (Garavaglia and Marchena, 2005, pp. 11-129). The indigenous people were deprived of their idolatrous practices, which included human sacrifices and, not infrequently, even anthropophagy. The population was organized in "reductions" for the collection of taxes and the forced recruitment of indigenous labor for work in manufacturing and mines, as well as to facilitate the educational process and evangelization. Those erected by the Jesuits in Paraguay still preserve traces of an artistic splendor that was likewise cultural and implied social experimentation.

As for the Law, we must first mention the integration of the American space in a developed and culturally expanding world; and, in addition, the birth of a protective ordination for those who considered themselves in an unprotected situation. Jorge Basadre, the historian of law, said that

> Spain, which had just proved its assimilating and creative legal capacity, dictated a special law for America, with no precedent other than that of Rome. This law is in some ways ahead of its time and is a forerunner of the so-called social law, an increasingly broad set of doctrines and precepts which sprung out of the most lacerating problems of our time. (1997, p. 40)

The lands of the New World, or the Indias (in the confused expression that remained their name) were considered legally acquired by virtue of a pontifical concession, by the Catholic Monarchs, in part, with the demand that the monarchs take charge of the inhabitants' evangelization. In 1519 they were incorporated into the kingdom of Castile, such that the Law of this kingdom, imbued with Common Law, spread to the new continent, integrating the legal substrate, in regard to which specific norms were granted (Dougnac, 1994). It is what has been called Indian Law. For the administration of justice, hearings were soon instituted, with greater powers than those already existing in the Spanish kingdoms, and which also enjoyed significant government powers. They were collegiate bodies composed of judges, to administer justice over the territories of a constituency that, in some cases, as in Quito, was presumed to have a pre-existing personality as a kingdom (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 2).

In addition, in an occurrence for which few precedents can be found, the Crown itself accepted consideration of the ethical manner in which its process of incorporation of lands and men took place. A classic study by a noted historian, Lewis Hanke (1949), evoked the title *The Fight for Justice in America*. And thus, out of the protests and denunciations of the religious Spainards in the Caribbean, the Monarchy decided to investigate the royal and legal situation of its presence in America. And, consequently, there were many laws issued to guarantee the natives a treatment according to their status as free subjects. The Laws of Burgos and the New Laws (García-Gallo, 1987) foresee a tuitive system of the weakest, but the violent opposition by the Spaniards settled in Quito and in the territory of the Viceroyalty of Peru, ended up relaxing their application.

The political-administrative institutions established by the Spaniards, from the two initial viceroyalties of Lima and Mexico to the circumscriptions of the audiences and corregimientos, and the Indian Law centralized the political and economic management of the American territories, in the hands of the Crown, but in turn, they also established protection mechanisms for indigenous people. The Law created for America maintained its constituent community elements and even its ethnic authorities, such as the caciques, assimilated to the minor nobility and those who were given functions of government and tax collection (Ayala Mora, 2008). Thus, even among the system of legal sources, the custom of the American peoples was integrated, except that it did not threaten morals or the other laws (Suárez Bilbao, 1997-1998). This lasted as such throughout the Spanish stage of government of the Indies.

Although the Indies cannot be considered properly as colonies, as explained in detail by the Argentine historian Ricardo Levene (1973), the opinion is widespread that the political powers since then subdued the indigenous peoples, limiting their participation in political life, and, above all, to establish an administration of justice alien to their reality (Castro, 1999). Cultural aspects were maintained, and, when it has been possible, in the 20th century, this has been manifested in the most characteristic juridical element: indigenous justice (Santos and Grijalva, 2012). The originality of said justice remains to be determined, and to what extent it has been influenced by the vicinity of the common law inheritance system.

Krotz (2002), in contrast to Tamami (2017), assures that indigenous justice was not considered or recognized as justice between individuals. It is based on a highly heterogeneous system, according to the communities, characterized by elements and patterns with great variety among them, depending on the way they were organized (Pazmiño, 2011).

Outside of the indigenous communities, there was an active municipal life in the American cities, organized around the town councils that ran them. Society regulated situations with norms of constant validity, perceiving that forced regularity is worth much more than occasional arbitrariness or inconstant irregularity (Cevallos, 1969).

8. THE LAW OF THE REPUBLIC OF ECUADOR

Jumping in time, 1830 is the moment in which the constitution of the Ecuadorian state is decided, independent of the Gran Colombia into which it had been integrated following its secession from Spain (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 3). Through a constituent assembly convened in Riobamba, the constitutive legal text was approved. The large landowners, in a more uncontrolled way than under the Spanish viceroyalty, managed the power and kept peasants and indigenous peoples subject to their rules and devoid of the guarantees and rights, which, at least under the Spanish Crown, were recognized by legislation. Independence allowed -as was not infrequent in other liberal revolutionary phenomena- for the installation of the dominion of an economic elite over minorities. For decades, the new republic failed to overcome its conflicts and social contradictions (Ayala, 2008).

With the beginning of the republic, the lands of the Spaniards and their descendants, converted into criollos themselves or acquired by the republican oligarchy, made up the haciendas, in which the exploitation of the natives was barely mitigated until as late as the second decade of the twentieth century, or the agrarian reform in 1964. The liberal revolution of Eloy Alfaro at the beginning of the century had been achieved by reaching an agreement with the oligarchies of landowners of the mountains and the coast (Ayala, 2008).

The incursion of the oil industry created aspiration towards national growth and social improvement, but ultimately failed. The legal system accused the defects of a government that for a century had achieved an effective administration of neither lands nor men (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 3). The distrust of the law and the republican institutions, due to the manifest corruption of judicial officials and lawyers, generated an awareness of the lack of justice. It was also branded as bureaucratized, slow and without the necessary means to make it effective, due to geographical distances between courts, discriminatory treatment and even, as Garcia-Sayán (2009) states, to an ignorance regarding the life and reality of the members of the numerous rural communities.

An important occurrence is the beginning of the transformation of the legal State of Law into the Constitutional State, with the fundamental element being the power to grant the Constitution the main function for which it was created: as an entity for the organization of the State

and the elements, institutions and legal systems that compose it; thus, one of the most important elements of the beginning of the republic is suffrage, an example of a representative system, improving by the date of 1929 when the optional vote of the literate woman was achieved, as a sketch for the recognition of minority rights; followed by the modernization of the criminal procedure system with more efficient oral models (Cordero, 2010).

In terms of Civil Law, the Ecuadorian State has a long history, characterized by difficult elements, which improved greatly as a result of the advent of the Congress of the Republic (Grossberg and Tomlins, 2008, v. 3). This occurred in 1970, and the achievements made in previous times were channeled, thanks primarily to the contributions of General Eloy Alfaro and the Code of Andrés Bello, among others, which allowed for important advances in the area of justice and equity, norms of coexistence and social rights; as a result of these efforts, and in view of the imperative need for justice, the foundations of civil law are established to improve collective existence and relations among the community citizens, and municipal life is activated through the Cabildos, jurists and congresses in order obtain a local civil code. (Cevallos, 2010).

Since the new Ecuadorian Constitution came into force, the possibility exists that Ecuador could be included in the so-called constitutional guarantee; however, many affirm that it is important to bear in mind the risks and threats that may arise against the legal order when imposing a model that for some is disconnected from the national reality, distant from the country's traditions, and which continues to be exclusionary by failing to take into account minorities. (Benavides and Escudero, 2013).

The importance of now establishing a true Ecuadorian Constitutional Right is highlighted, for which it is necessary that the municipalities have autonomy but that the concept of nation be conserved. It is necessary that the main function of the Congress be made known, which must fulfill its purpose of orientation and illustration for laws of a technical nature, which must pass the prior review of their representatives to be able to be approved, while nonetheless maintaining the sovereign character of the people. (German, 2005).

In agreement, Morales (2010) also assures that the Ecuadorian constitutional moment is debated between opposing juridical perspectives: one is that referring to legal positivism and the other

is based on the foundations of the natural law approach, which is why caution with the possibility of including foreign models that do not adapt to the country's legal and social realities is important. This author suggests the realization of a series of discussions regarding the true concept of law and the meaning it has regarding the cultural entity, laying the foundations of legal positivism and its defense as the main basis for the legal system in general.

In Ecuador, following approval of the 2008 Constitution, fundamental rights are included, and the rights of minorities are recognized--among these, priority attention groups. However, it is important to consider that inmates have had little representation in matters of law, resorting to the protection of internationally established rights (Post, 2011)

In constitutional matters, the model of Ecuador is not rupturist. To the contrary, it has innovative elements, with deeper roots in each innovative case, with a marked reference to rights and their protection through the approval of the constitution of 2008, with a participatory democracy. (Martínez, 2009)

The transition from the colonial era to the present Republic went along a very tortuous path, characterized by large revolts in favor of the vindication of the rights of ignored minorities, at first by the conquerors and following independence, by the Creoles themselves, who continued with the slave-like and exploitative practices of their predecessors; among them, the indigenous, women, peasants and the working class.

The constitutional reforms and in some cases by measures of forces between sides, achieved the winning of spaces for these individuals, who were gradually recognized as subjects of law.

The constitution required strong changes and modifications over time, until the drafting of more pluralistic laws, including the rights of ordinary citizens, women, the indigenous, and the rights of workers, among others. However, it is important to maintain the autonomy of the provinces without losing the vision of a united nation, as well as the implementation of local laws without foreign interference.

9. CONCLUSIONS

The Law of Antiquity includes features such as the confusion of the legal and the religious, the predominance of absolute political powers, rituality, orality, social differentiation, and the primacy of the maintenance of order through a rigorous punitive system (Arenal, 2016, pp. 21-22). This was the case in Mesopotamia, where, however, the law began to be written; in Greece or in pre-Columbian America. The primitive Law of the Inca Empire was neither written nor secularized, and can be subsumed in this category.

In Greece it is worth noting the reflection on justice, and its relationship with the community; as well as the development of political formulas of open participation, though limited to the minority that constituted the citizens. The idea of equality of law for all citizens had its foundation in government institutions.

Rome was able to perceive the strength of the *Ius* as the backbone of society and its coexistence, on a flexible basis, capable of adapting to social changes. The realism of the Romans caused them to accept that the difficulties between men would never cease. Legal problems are always human problems and they occur regularly, and therefore require solutions to restore the just order guaranteeing peace and the future of the society. The instruments that were used were diverse legal sources, which, far from any rigid or hierarchical pretension, operated to provide solutions to the specific case. This system is that which characterizes the Roman legal system in its era of splendor.

The decadence of Roman Law, as well as, centuries later, that of the legal creativity of the *mos italicus,* goes hand in hand with the systematization, order, simplification and control of the imperial public power of the creation of Law.

The most remarkable legal inheritance of Rome is condensed in the *Corpus Juris Civilis.* The work commissioned by Justinian neatly gathered together the primordial doctrine and the Roman imperial dispositions. A great legal monument which literally embraced the sixth century imperial law. It was that which, in the West, shows an unusual interest from the Late Middle Ages on. But, below that Law, covered with interpolations, additions and deletions, there is another, classical Roman Law, which is rediscovered by Renaissance humanism.

The successive invasions of Germanic, Slavic, Asian, and Arab peoples, were those that determined a heterogeneous and unequal legal and social order, which has its expression in the feudal system (Arenal, 2016).

Medieval is also the renovation of law studies, which imply a great social and political impact. The city and its aftermath, commercial law and municipal rights, came to break the stratified medieval world from the eleventh and twelfth centuries onwards. The merchant and the lawyer are the social classes that most protagonize the changes of the Late Middle Ages (Harding, 2002). And, emerging from the Church, the study centers that welcome students and professors, which will come to be called universities; in which the teaching of Law, both the Roman law of the *Corpus Iuris Civilis,* and the set of norms of the Church, the Canon Law, have a special role. Both constitute a formidable basis upon which all systems for regulation of coexistence will be erected in the following centuries. It is the *Ius Commune*, whose first scholars, in various waves of schools, create a method of approaching the texts that, in a generic manner, is called *mos italicus.*

The Renaissance, a moment of special cultural effervescence, also implied social changes. In the dawn of the new national states, the bourgeoisie gave rise to the emergence of the first models of capitalism, while the interest for the human, and economic and geostrategic causes gave way to great discoveries in which Spaniards and Portuguese extended the confines of the known world. In Law, moreover, humanism facilitated a new way of approaching the texts which, from medieval times, had been the focus of university scholars. That new school is what is known as *mos gallicus*, a critical attitude toward the ancient Roman texts, concerned with a more systematic, clear and simple vision than the one that had characterized its precedents, the scholars of the *Ius Commune*. Out of these theoretical activities a model for legal thought is developed, which conceives Law as a fundamentally rational reality. It is the moment of political absolutism, for which the rationalism of the Protestant countries will serve to design the legal bodies.

On the other hand, the discoveries of the 15th century and the colonizations that followed them, implied a singular phenomenon in the History of Law (Moore, 1958). After a violent clash of interests and mentalities among the subjects who arrived at the New World, the Spanish Crown itself reconsidered the methods and their legitimacy for the control of the lands. Thousands of dispositions, issued from the royal

court, and from the administrative headquarters founded in America, formed a Law that, as a characteristic, tended towards protection of the weak and the guarantee of the dignity of indigenous subjects. The reality of the applicants of the laws and the interests of the colonizers themselves relativized, to a large extent, those legal purposes.

The American nations' independence processes meant that struggles between peninsular Spaniards and those born in these lands were not easy. The new republics maintained the previous Law, gradually replaced according to the new postulates of the liberal society, which demanded legal equality and political decision for those who enjoyed economic primacy. Therefore, situations of exploitation were not reduced with the new regimes. Only in the twentieth century governments, marked by ideas of social progress, as that begun in Ecuador by García Moreno, and later the constitutional reforms developed by the Marxist revolution, and the governments of Ayora and General Enríquez Gallo, prior to the periods of presidency, always cut short, of Dr. Velasco Ibarra (Salvador Lara, 2010), allowed inclusive spaces for the disadvantaged, for the sake of an equality that legally equated to all nationals. That task is what determines the constitution of a State which is not only based on, justified and exercised through Law, but which is also a Social in nature. Since the twentieth century, the Law tends to be considered an unrenounceable objectives, a guarantee for social life with respect to the rights considered proper and natural to every person.

10. REFERENCES

Acosta, A. y Martínez, E. (2009). *Plurinacionalidad: democracia en diversidad*. Quito: Abya-Yala.

Aguilera Barchet, B. (1999). *Historia y Derecho. Manual de iniciación I*. Barcelona.

Alarcón, G. (2011). *Estado de derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*. Madrid: Dykinson.

Arenal Fenochio, J. (2016). *Historia mínima del derecho en Occidente*. México: El Colegio de México.

Argüello, L. R. (2002). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Ayala Mora, E. (2008). *Resumen de Historia del Ecuador*. Quito: Corporación Editorial Nacional. 3ª ed. (Disponible on-line en http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-CA-0001.pdf)

Aymard, A. y Auboyer, J. (1958). *Oriente y Grecia Antigua*. Barcelona. Ediciones destino.

Basadre, J. (1997). *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Librería Studium Ediciones. 7ª ed.

Benavides, J. y Escudero, J. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador. (Disponible on-line en https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf)

Benito Ruano, E. (2000). *Tópicos y realidades de la Edad Media*. Madrid: Real Academia de la Historia.

Bernal Gómez. B. (2010). Historia del Derecho. México: Nostra Ediciones, Universidad Nacional Autónoma de México.

Bobbio, N. (1987). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica. 2ª ed.

Botha, C.G. (1962) *History of Law*. Londres.

Cabedo, V. (2004). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. (Vol. 3). UPV.

Cannata, C. A. (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos.

Castro, M. (1999). *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador*. Las Nacionalidades Indígenas y sus Derechos Colectivos en La Constitución (1era ed.). (CONAIE, Ed.) Quito.

Cevallos Arizaga, B. (1969). *Historia del Derecho Civil Ecuatoriano,* 3 vols. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana. (Disponible on-line en https://books.google.com.ec/books/about/Historia_del_derecho_civil_ecuatoriano.html?id=TR4IAQAAMAAJ)

Cordero, D. (2010). *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano.* Tomo II. Quito: Fundación de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. (Disponible on-line en https://www.inredh.org/archivos/pdf/derecho_constitucional_ii.pdf)

Cramer, S. N. (1985). *La Historia comienza en Summer.* Barcelona: Orbis. (Disponible on-line en http://www.manuelosses.cl/VU/La%20Historia%20Empieza%20en%20Sumer.%20Samuel%20Noah%20Kramer.pdf)

Domenack, M. (2014). *¿Existió o no existió el Derecho Incaico? Tesis para la obtención del título profesional de abogado.* Arequipa: Universidad Católica de Santa María.

Dougnac, A. (1994). *Manual de historia del derecho indiano.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Fernández De Buján, A. (2017). *Derecho Romano.* Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters.

Floris Margadant, G. (1967). *El derecho en el Renacimiento.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi. Versión española, introducción y anotaciones. *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Puerto Rico. Vol VI (3), pp. 331-356.

Garavaglia, J. C. y Marchena, J. (2005). *América Latina de los orígenes a la independencia.* I. América Precolombina y la consolidación del espacio colonial. Barcelona: Crítica.

García-Gallo, A. (1973). *Manual de Historia del Derecho,* Español. 2 vols. Madrid: AGESA. 5ª ed.

García-Gallo, A. (1987). *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano.* Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

García-Sayán, D. (2009). *Estado de la relación de justicia indígena y justicia estadal en los países andinos*. Estudio de caso en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Lima: Editorial C. A. Juristas. (Disponible on-line en https://www.cejamericas.org/Documentos/Documentos IDRC/98CAJ_Estadodelarelacion.pdf)

Gaudemet, J. y Chevreau, E. (2014). *Les institutions de l'Antiquité*. París: L.G.D.J (Précis Domat). 8ª ed.

German, J. (2005). *Derecho Constitucional actual en Ecuador.* (Disponible on-line en https://www.derechoecuador.com/derecho-constitucional-actual-en-ecuador)

Gibert, R. y Sánchez de la Vega (1975). *Elementos formativos del Derecho en Europa*. Germánico, canónico, romano. Granada: Imprenta Román.

Grossberg, M. and Tomlins, C. (2008). *The Cambridge history of law in America*. 3 vols. Nueva York: Cambridge University Press. (Grossberg & Tomlins, 2008, v. 2).

Hanke, L. (1949). *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.

Harding, A. (2002). *Medieval law and the foundations of the state*. Nueva York: Oxford University Press.

Hespanha, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea*. Síntesis de un milenio. Madrid: Tecnos.

Iglesias, J. (1993). *Derecho Romano: Historia e instituciones*. Madrid: Ed. Ariel.

Krotz, E. (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos. (Disponible on-line en https://books.google.com.ec/books?isbn=8476586167)

Kunkel, W. (2003). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel.

Levene, R. (1973). *Las Indias no eran colonias*. Madrid: Espasa-Calpe. 3ª ed.

Maine, H. (2001). *El Derecho Antiguo.* México: Editorial Campo Raso.

Martínez, R. (2009). El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C(23).* (Disponible on-line en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222963011)

Moore, S. F. (1958). *Power and property in Inca Peru,* Nueva York: Columbia University Press.

Morales, J. (2010). El momento constitucional ecuatoriano. Una aproximación desde la filosofía del derecho. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC (25),* 116-127. (Disponible on-line en http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977006)

Morineau, M. (2008). *Derecho Romano.* México: Ed. Progreso.

Mosley, O. (1932). *The greater Britain.* London: BUF.

Musson, A. (2001). *Medieval law in context: the growth of legal consciousness from Magna Carta to the Peasants' Revolt*. Manchester: Manchester University Press.

Pazmiño, E. (2011). *Cuaderno para la Interculturalidad,* N°4. (P. y. Dirección de Comunidades, Ed.) (Disponible on-line en http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/ 1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf)

Pease García-Yrigoyen, F. (1964). *El derecho y la aparición del estado inca.* Lima: Editorial Lima.

Pease García-Yrigoyen, F. (2007). *Los Incas.* Lima: Editorial PUCP. 4ª Ed. p. 92.

Peñaranda, R. (2008). *Democracia, Interculturalidad, Plurinacionalidad y Desafíos para la Integración Andina*. La Paz: CEBEM.

Petit, E. (1904). *Traité elémentaire de Droit Romain.* París: Arthur Rousseau Ed. 14ª ed. (Disponible on-line en https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5738741b.texteImage)

Post, D. (2011). *Las Reformas Constitucionales en el Ecuador y las oportunidades para el acceso a la educación superior desde 1950.* Analíticos de Políticas Educativas, 19(20). (Disponible on-line en de https://epaa.asu.edu/ojs/article/view/814)

Reig Satorres, J. y Larrea Holguín, J. (2018). *Manual de Historia del Derecho en Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Salvador Lara, J. (2010). *Breve Historia Contemporánea del Ecuador.* Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Santos, B. De S. (2012). *Derecho y emancipación.* Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Santos, B. De S., y Grijalva, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador.* La Paz: Fundación Rosa Luxemburg, Abya-Yala. (Disponible on-line en https://www.ces.uc.pt/iframe/publicacoes/outras/201216/SantosGrijalva_Justicia_indigena_plurinacionalidad_e_interculturalidad_Ecuador.pdf)

Suárez Bilbao, F. (1995-1996). La costumbre indígena en el Derecho indiano. *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares,* vol. 5, pp. 119-152.

Tamami, A. (2017). Aplicación del Derecho Constitucional a la Justicia Indígena. Defensa y Justicia. *Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador,* 28. (Disponible on-line en http://www.defensayjusticia.gob.ec/?p=2260)

Tobio, L. (1945). *La vida de Grecia.* Buenos Aires: Ed. Sudamericana.

Truyol y Serra, A. (1995). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado.* Madrid: Alianza Editorial.

Westbrook, R. (2015). *Ex oriente lex: Near Eastern influences on ancient Greek and Roman law Baltimore,* EE.UU., Johns Hopkins University Press.

Recibido: 15 de julio de 2018

Aceptado: 22 de abril de 2019

Dominique Unda Mateus: Coordinadora del equipo de investigadores en formación del GIDE-PUCE

Investigadores (en formación) del Grupo de Investigación GIDE-PUCE

Alegria Alvarado Cristopher Darrin
Anatoa Peñafiel Joyce Nataly
Arias Factos Marco Vinicio
Bastidas Morales Jonathan Andres
Bedón Naranjo María José
Cagua Rubio Karla Belen
Calderon Barbosa Diego Nicolas
Casamen Nolasco Julio Andres
Catota Almachi Alexis Marcelo
Cayo Nuñez Luis Enrique
Cisneros Achig Kevin Alessandro
Coffre Diaz Mayomi Dicori
De La Calle Avila Jose Julio
Donoso Rosero Luis Fernando
Fuela Morales Shirley Nicole
Garay Riera Daniela Fernanda
Guamán Coyago Daniel Alexander
Hidalgo Valle Esteban Andres
Mejía Rueda David Nikolás
Mina Benalcazar Leonela Milene
Morales Imaicela Viviana Domenica
Morocho Ceron Leonardo Edilberto
Nuñez Proaño Viviana Lisette
Ortega Paredes Jimmy Ariel
Oviedo Suarez Jimmy Mateo
Pazmiño Ochoa Tommy Joel
Pérez Mendoza Paola Belen
Proaño Lara Stefany Carolina
Quilligana Salan Johanna Estefania
Romo Hidalgo Paula Alejandra
Ruiz Goyes Jeremy Sebastian
Ruiz Leon Jessica Mariela

Salas Villarroel Jimmer Stalyn
Salazar Muñoz Itati Paulette
Solórzano Pastaz Alisson Esthefania
Tello Guaman Alexis Guillermo
Ulloa Pinos Victor Manuel
Vizcaíno Llánez Raúl Alejandro

Correo electrónico: daunda@puce.edu.ec

La cláusula de nación más favorecida: una revisión

The Most Favored Nation Clause: a Review

Brigitte Torres Reyes
Investigadora jurídica

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 175-198, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el artículo aborda, desde una visión jurídico-económica, las relaciones entre Estados para identificar el origen de los excesos en los costos de transacción en este ámbito. Se analizan las decisiones políticas y administrativas tomadas a nivel internacional y los problemas que traen consigo las acciones adoptadas sin un examen racional de la regulación en la materia. Este artículo se enfoca en el estudio de la cláusula de nación más favorecida, figura del Derecho Comercial Internacional consagrada en el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

PALABRAS CLAVE: costos de transacción, integración, Derecho Internacional, Desarrollo Económico, Tratados Internacionales.

ABSTRACT: in this article, inter-State relations are approached from a juridical-economic perspective to identify the origin for excessive transaction costs in this area. The political and administrative decisions made at the international level and the problems that come with the actions adopted are analyzed without a rational examination of the regulations in question. This article focuses on the study of the most favored nation clause, a figure of International Commercial Law enshrined in the General Agreement on Tariffs and Trade.

KEY WORDS: transaction costs, integration, International Law, Economic Development, International Treaties.

INTRODUCCIÓN

La cláusula de nación más favorecida forma parte de las instituciones jurídicas que pueden incurrir en el análisis de estudio para la justificación del desarrollo económico; en conjunto con el derecho de integración de los Estados, que se desprende a su vez en mecanismos de gobiernos que tienen como objetivo coordinar de manera más eficiente las transacciones que se susciten.

La preponderancia de la jerarquía normativa juega un papel muy importante dentro de este tópico, pues una institución podrá imperar sobre otra, y , pero de ningún modo dejará su correlación; así se genera una competencia complementaria o alternativa y hace que el desarrollo de los Estados dependa en gran medida del tipo de instituciones que estos posean y de las garantías que permitan su materialización.

De entre los enfoques que se pueden desprender de este escrito, se encuentra el análisis económico del Derecho y sus diferentes perspectivas. Dichas perspectivas buscan regular todos aquellos procesos de comercialización de los Estados, así como procesos políticos y administrativos a través de políticas de gobierno equitativas y solidarias entre los países que conforman una integración. Por lo tanto, toda estrategia buscará crear armonía y fortalecimiento entre las legislaciones inmersas en la misma red de mercado.

Dentro del siguiente artículo se tratará de desglosar, en forma en general, cada una de las temáticas con el objetivo de crear un mayor entendimiento a sabiendas de que cada componente es una institución jurídica individual. Pues como señala Williamson (2009) en su terminología sobre mercados y jerarquías, se busca la eficiencia en el criterio con el cual medir el desempeño, entendido como una forma de economizar costos, atribuyéndolo a formas organizadas.

Por lo mencionado, importante enunciar que son varios los principios y cláusulas que desarrollan la base del sistema de comercio multilateral en pro de un comercio sin discriminación y entre ellos se destaca la cláusula de nación más favorecida, en relación con el trato igual. Es decir, los países bajo ningún concepto pueden ser discriminados entre sus interlocutores comerciales.

Si se favorece a un país con una ventaja especial, se debe favorecer también al resto de países que se encuentren en aquella integración.

En este sentido hay que entender que la globalización nos hace más interdependientes, ya que está en el punto central de los tratados e inversiones que condicionan el avance económico de los países.

De igual forma hay que mencionar que el número de los retrasos que se derivan de la integración es grande. Destacamos la ineficacia de algunas instituciones y el incumplimiento de compromisos, que generan a su vez decaimiento del comercio. Por ende, la aplicación de cláusulas o principios en el sistema económico es inoperante.

La disparidad de las colocaciones económicas, distribuciones geográficas y población de los países de una misma región da como resultado desigualdad tanto en costos como en beneficios. Es ahí donde se debe reactivar la ejecución de las distintas instituciones existentes, ya que si no hay desigualdad no hay desarrollo, pese a que en este sentido la cláusula de nación más favorecida dependerá de la forma en que haya sido elaborada por los Estados y de la redacción de cada uno de los acuerdos de inversión que hayan sido celebrados.

Las herramientas económicas están presentes y su objetivo es evitar cualquier tipo de discriminación al ser instrumentos políticos de defensa comercial.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El objetivo del presente artículo no es hacer una retrospección de tipo histórico de esta institución jurídica, aunque es muy importante tener en cuenta cual ha sido su evolución. Sus inicios se fundaron en el Derecho Internacional como tal y se desarrolló en la época Clásica. Esta cláusula, al formar parte del basto mundo del Derecho Internacional, abarca una serie de ciencias y de disciplinas que se ligan directamente al comercio y es por eso que los temas económicos tienen una presencia preponderante.

El alcance de esta cláusula desarrolló peso con el paso del tiempo y ahora consolida aspectos mucho más sólidos como la política exterior que manejan los Estados. El desarrollo comercial alrededor del mundo ha permitido la evolución y fortalecimiento de la cláusula de nación más favorecida en nuestros días.

Pese a que esta cláusula tiene una gran influencia en el comercio como ya lo mencionamos, no quiere decir que sea una herramienta económica, más bien es una herramienta jurídica que otorga una garantía: la de no discriminación. Algunos autores consideran que dicha cláusula es un instrumento político, pero no de defensa; sino un instrumento que se maneja de acuerdo a los intereses existentes.

Un antecedente histórico, según Hombeck (1909), se remonta al tratado del 8 de noviembre de 1226, cuando el emperador Federico II concedió privilegios que previamente les había otorgado a los ciudadanos de Pisa, Génova, en Italia a la ciudad de Marsella, e inclusive antes de que este suceso ocurra, en 1055 en Mantua se dio paso a una garantía de costumbres, que previamente habían sido otorgadas a otras ciudades. Algo curioso dentro de los expuesto hasta aquí es que la cláusula funcionada de forma unilateral y, por ende, se ponía restricción a los beneficios que serían otorgados a terceros; tampoco todas las ciudades tenían acceso a esta; desde siempre la política ha sido un factor que impedía el pleno desarrollo de la cláusula.

Lo mencionado entró en un mejor auge a medida que las relaciones comerciales se practicaban más. Los medios de transporte jugaron un rol fundamental, ya que su impacto fue grande, no solo para esta cláusula, sino también para el desarrollo de las relaciones comerciales e internacionales entre los Estados. Esta cláusula más que ajustarse a los cambios evolutivos de la sociedad, hizo que los Estados se adapten a su modo de ejecución, a su alcance y a sus efectos.

Como explican Carrano y Bonifaz (2008), citados por Schwarzenberger,

> (...) la cláusula de la nación más favorecida resultó ser el producto natural del incremento de la actividad comercial y en los momentos que aparecía una posición contraria a este, la cláusula era dejada de lado. No obstante, debido a la importancia que los Estados le reconocían para sus políticas comerciales, esta era nuevamente retomada o lo que equivale a decir que los Estados nunca pudieron abandonarla del todo. (p.162)

La cláusula de nación más favorecida tuvo sus múltiples falencias como dice Schwarsenberger (1945):

> (...) the types, formulation and scope of the m.f.n. standar have varied in eight hundred years of history. Yet what is remarkable is not the fact of such fluctuations, but the constant character of the m.f.n. standard. Its permanent use suggests that there is something basic in this international pattern of conduct. It indicates that the m.f.n. standard answers to constant needs of international society, and it suggests that the functions fulfilled by the Standard are not essentially affected by the peculiarities of time and place or by differences in social and economic systems. (p.98)
>
> Los tipos, la formulación y el alcance de la norma m.f.n. han variado en ochocientos años de historia. Sin embargo, lo que es notable no es el hecho de tales fluctuaciones, sino el carácter constante de la norma m.f.n. Su uso permanente sugiere que hay algo básico en este patrón internacional de conducta. Indica que el estándar de respuestas a las necesidades constantes de la sociedad internacional y sugiere que las funciones cumplidas por el Estándar no se ven afectadas esencialmente por las peculiaridades del tiempo y el lugar o por las diferencias en los sistemas sociales y económicos. (p.98)

Se conoce a través de textos históricos que la cláusula de nación más favorecida tuvo afianzamiento como el que le brindo la Sociedad de Naciones después de la Primera Guerra Mundial, otra entidad que ayudó a su consolidación fue el Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial esta cláusula tuvo más fuerza en diferentes ámbitos como en los foros de Economía, foros de Derecho y de Relaciones Internacionales. Inclusive existen varias relatorías donde se puntualizan los aspectos más importantes de esta cláusula.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La cláusula de nación más favorecida es asegurable solamente de manera convencional, pues los Estados no están en la obligación de extender privilegios económicos, aunque si tienen la obligación de crear condiciones de paridad en caso de suscribir tratados con este tipo de cláusula. A pesar de que en la realidad si se generan inminentemente privilegios hacia los acuerdos preferenciales, los Estados contratantes tendrán las mismas ventajas que han sido concedidas previamente a otros Estados.

Al requerir el análisis de la cláusula de nación más favorecida como parte de las instituciones jurídicas, que lo que buscan, es tener una respuesta favorable frente al derecho de integración, se pretende llegar a saber cuál es la medida de aplicación de métodos propios del Derecho en el razonamiento económico, con perspectiva en la derivación de procesos transaccionales, sean estos mercantiles o no mercantiles.

Es necesario poder generar herramientas que encaminen el quehacer de las instituciones en una forma conjunta y que de esta manera sean reguladas todas las relaciones internacionales. El verdadero beneficiario es la sociedad, pues el Estado pretende, a través de estas políticas, obtener una disminución en el costo de venta al público y que la producción a gran escala aumente, y así que la economía de un país mejore notablemente.

Pese a lo expuesto, no cabe duda que la aplicación de la cláusula de nación más favorecida adolece de fallas, aunque la mayor de todas es que su aplicación no es total. Uno de los motivos para que esto sea así es que no está direccionada a un sector en específico, pues afecta tanto al sector público como al sector privado, ya que se encuentra en juego el avance económico de un país entero.

Dicha cláusula no solo conjuga una institución jurídica por sí misma, también se liga estrechamente a otras instituciones que por su naturaleza misma son internacionales. A pesar de esto, todas las instituciones jurídicas se conjugan, pues pretenden generar mecanismos de garantía y protección, que mantengan estándares equilibrados en cuanto a comportamientos sociales.

Con la cláusula de nación más favorecida se trata de erradicar la discriminación, pero hay que tener en cuenta que su objetivo no es generar tratos favorables a unos cuantos. Sino busca dar un trato menos favorable, en comparación con algún otro ya otorgado con anterioridad. Si trasladamos todo lo dicho a un contexto actual entendemos que la obligación de la cláusula de nación más favorecida se centra en la no discriminación, vista desde el análisis económico del Derecho. Todo esto genera una naturaleza convencional, pues no es el resultado de una aplicación de normas de Derecho Internacional, pero sí de una institución jurídica.

Con todo lo dicho nos ayudamos de la concepción que nos otorga McNair "although it is customary to speak of the most favored nation

clause, so that any attempt to generalize upon the meaning and effect of such clauses must be made, and accepted, with caution". (p.273). Doctrinariamente no existe un concepto definitivo al respecto, pero en el artículo 4 de Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses (1978) se define como: "a most-favored-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favored-nation treatment in an agreed sphere of relations".

Hay que mencionar que la cláusula de nación más favorecida, a más de evitar la discriminación se encarga de generar derechos a los cuales se puede acoger un tercer Estado. De esta forma, tiene una connotación positiva, pero no significa que en todos los casos será así. También, esta cláusula puede ser negativa o lo más sorprendente es que puede llegar a ser ambas a la vez.

Explicamos lo anteriormente dicho en palabras de Carrano y Bonifaz (2008):

> (...) será positiva cuando ella señale que el Estado otorgante le concederá al Estado beneficiario aquellos tratos más favorables que le conceda o le hubiere concedido a un tercer Estado; mientras que será negativa cuando establezca que el Estado beneficiario no podrá recibir un trato menos favorable que el que el Estado otorgante le concede o le hubiere concedido a un tercer estado. (p.167).

A más de ello, los autores previamente mencionados identifican una serie de elementos que a continuación citaré de forma textual:

a) Se trata de una estipulación contemplada en el marco de un tratado.

b) Puede estar redactada de diversas maneras (positivas, negativas o de ambas maneras).

c) Le serán aplicables las reglas concernientes al derecho de los tratados.

d) Es el producto de la voluntad de dos (bilateral) o más (multilateral) Estados parte.

e) La obligación tiene su punto de partida en el tratado base.

f) El objetivo de la cláusula es conceder a un Estado el tratado de la nación más favorecida.

g) La cláusula puede tener un alcance general o encontrarse restringida. (p.168)

Al llegar a este punto, es necesario mencionar que los tratados en los cuales se establece la cláusula ya no son los unilaterales, su desarrollo ha permitido que estos puedan ser bilaterales o multilaterales.

3. DESARROLLO DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y SUS EFECTOS

La cláusula de nación más favorecida como institución jurídica a nivel internacional es dinámica y, a lo largo del tiempo, ha presentado algunos cambios, no a su esencia como tal pero sí cambios sustanciales en cuanto a su valoración. Ya no se encuentra en el mismo contexto que antes: su incorporación era prácticamente instintiva en el momento en que se desarrollaban los tratados, pues su finalidad era otorgar una gran cobertura de protección. Ahora la vemos de forma distinta, pues su campo de aplicación no se mantiene estático, por ende, su extensión varía . Lo que no ha cambiado es que siempre persigue un trato de igualdad.

El rol de los Estados es completamente preponderante, pues estos mismos se encargan de la liberación económica sin dejar de lado las estructuras de derecho que se utilizan para consolidarlo. Dentro de esta consolidación encontramos más connotaciones, ya que la cláusula, vista de otro modo, no es más que una excepción que limita al derecho soberano que poseen los Estados en cuanto a todas sus políticas y las formas que entablan relaciones con diversos Estados. Si no existieran regulaciones sería un completo caos, ya que cada quién sería libre de interponer los términos y condiciones que creyera necesarios.

La cláusula de nación más favorecida, a más de cumplir con su objetivo de limitación o de equilibrio en cuanto a las ventajas que se otorgan entre Estados, es un medio de medida porque a través de este se puede saber cuál es el nivel de liberación que posee un Estado en particular. Las políticas de los Estados se miden en cuanto a las facilidades de desarrollo que poseen y las actividades que realizan, podrán ser políticas más liberales o menos liberales según el caso.

Otro efecto que puede surgir es la liberación, visto desde el sector de la inversión, debido a la instrumentación de la cláusula que genera un cierto tipo de ventaja al beneficiario.

Todo esto emerge por una negación que se encuentra presente en el tratado base, entonces la ventaja de la cuál gozará un Estado principal se trasladará también a un tercero, todo esto sin tener ningún tipo de dependencia con respecto al tipo de instrumento que se haya requerido. Esta cláusula no es algo superficial, pues se inmiscuye a fondo en todo tipo de disposición, inclusive puede topar disposiciones procedimentales.

4. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Pese a que la cláusula de nación más favorecida puede adentrarse en varios tipos de disposiciones, todo debe estar reglado y perseguir ciertos límites.

Ya que la cláusula es una sola, tratándola desde un contexto institucional, existen diferentes formas de llegar a su conformación o a la forma de cómo va a ser redactada. Se puede determinar explícitamente cuál será su ámbito de aplicación o a su vez lo puede abarcar de forma general. Según el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994), NAFTA (por sus siglas en inglés), art. 3, la cláusula de nación más favorecida se encuentra redactada en términos no generales, sin embargo, esta guarda silencio en lo que concierne a los mecanismos de arreglo de diferencias.

En cambio, el Tratado de Libre Comercio (FTAA, 2003) hace referencia a la consolidación de arreglo de diferencias en el caso de que las disposiciones de la cláusula sean relativas. Lo que sI es que en cualquiera de los casos que se haya solidificado la cláusula se debe perseguir un fin fundamental, que es el respetar la voluntad de las partes.

En caso de que los términos en los cuales se haya redactado la cláusula sean generales, es necesario puntualizar las bases que permitirán incluir o excluir actuaciones dentro del ámbito de aplicación. Este es el llamado arreglo de diferencias en disposiciones relativas.

Como lo dice McNair (1971):

> …the main task of any tribunal which is asked to apply or construe or interpret a treaty… as the duty of giving effect to the expressed intention of the parties, that is, their intention as expresses in the Word used by them in the light of the surrounding circumstances. (p.274)
>
> La tarea principal de cualquier tribunal al que se le solicite aplicar, interpretar un tratado … como el deber de dar cumplimiento a la intención expresada de las partes, es decir, su intención como se expresa en la Palabra utilizada por ellos a la luz de las circunstancias circundantes. (p.274)

Efectivamente, la labor interpretativa queda a discreción de los Estados en caso de existir tergiversación. Y los Estados que busquen establecer relaciones, sean estas comerciales o no, delimitarán los costos de transacción que conlleven a todas sus prácticas de inversiones en pro de garantías que beneficien sus propósitos.

Nadie genera inversiones con la finalidad de perder, por ello los acuerdos se consolidan en tratados o convenios que contienen dentro de su mecanismo cláusulas que solucionan posibles problemas, como forma de precaución. Es decir, se compacta la cobertura y el alcance de la seguridad para los Estados en todas las actividades que ejecuten, sea de forma individual o conexa, y se garantiza la protección de sus derechos y actividades.

Como lo dice Herrera (2009) en su artículo para la revista CIVILIZAR:

> La observación de los términos de las CNMF a la luz de las normas de interpretación, conduce a interpretarlos con miras a cumplir los objetivos de los acuerdos de inversiones. En otras palabras, la generalidad de los términos all matters y traitment -introducidos en el texto de la CNMF- permitiría, salvo excepción expresa en contrario, la importación de la cláusula de arreglo de diferencias. (p.43)
>
> La misma autora hace referencia a un razonamiento distinto en cuanto a que el mecanismo de la cláusula puede formular disposiciones de fondo “mientras que la cláusula de arreglo de diferencias sea una regla de procedimiento” (p.44).

Por su parte, como lo cita Herrera (2009) en Hamida (2003) se entablan puntos clave en cuanto a los arreglos de diferencias de las disposiciones relativas; apenas se dé el surgimiento de esta cláusula el modo de ejecución se ajusta en cierta parte a lo que los Estados querían y en otra a lo que la doctrina haga referencia. (p.33).

Gaillard (2007), por su parte, considera que el universo de disposiciones que tiene un tratado no podrá verse afectado de ningún modo por la cláusula de nación más favorecida. Si dentro de algún tratado no se cumple con los requisitos de su mera aplicación no podrá considerarse existente algún tipo de beneficio por esta omisión.

5. OBJETO DE LOS DIVERSOS TIPOS DE CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDAS

Si la cláusula de nación más favorecida es una sola puede desarrollarse de diversas maneras. Todo dependerá en la forma en que esta haya sido redactada o pactada y el ejercicio o la práctica de la misma dependerá de la voluntad de los Estados que hayan adoptado esta medida.

Anzilotti (1935) hace mención lo siguiente:

> No hay que olvidar, sin embargo, que, jurídicamente, no existe una cláusula de la nación más favorecida; existen tantas estipulaciones distintas como tratados en los que figure, de tal suerte, que toda cuestión relativa a la naturaleza y a los efectos de la cláusula es, ante todo, una cuestión de interpretación de la cláusula dada en un tratado determinado. (p.383)

Sin importar el tipo de cláusula hay que definir que esta persigue un mismo fin: facilitar tratados a través de políticas en donde ningún Estado contratante resulte afectado. Lo importante es el uso de métodos garantistas. Más allá de que los tratados puedan ser unilaterales, bilaterales y multilaterales, la cláusula puede desarrollarse de distintas formas, aunque también se dé importancia a los condicionamientos, pues de ellos dependerá cómo se desarrolle. Hoy en día se hace énfasis a la cláusula incondicionada, pues brinda mayores beneficios al no tener contraprestaciones de ninguna de las partes que formen parte del tratado.

6. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y SU RELACIÓN CON LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Al generarse los costos de transacción se persigue un fin, y este se encamina a poner un alto a la deformación de libre competencia. Williamson (2009) señala una diferencia entre dos costos de transacción, los costos ex ante y *ex post*, mismos que tienden a cimentarse dentro de tratados, contratos o cláusulas. A su vez estos son el producto de diferentes tipos de actividades como la información o en otro contexto conocido como el conocimiento, la negociación y la manera en cómo se desarrollan todos los procesos.

Los costos de transacción abren paso al desarrollo de los costos asociados a la búsqueda de personas o de bienes, a la medición de atributos, a los que se encuentran ligados, a los derechos de transferencia y a la negociación de los términos que se hayan implementado en algún tipo de acuerdo. De la misma forma existen otros costos que derivan del seguimiento y de la revisión del cumplimiento de contrato o acuerdo.

Todas las transacciones implican costos, ya que, a diferencia de un mercado sin frotes como el que se entabla en los modelos clásicos de la economía, estas transferencias de bienes y servicios tienen lugar en un contexto de intercambios y acuerdos, en donde las instituciones jurídicas como la cláusula de nación más favorecida hacen presencia. Esta cláusula al igual que otras de su clase buscan desarrollar el comercio en los países en donde se han implantado.

Los costos de transacción tienen múltiples funciones, como las que ya mencionamos anteriormente, pero a más de ello ayudan a distinguir las formas de gobierno en cuanto al intercambio económico, Para que esto se pueda consolidar se parte de diferentes perspectivas que varían gracias a las diferentes estrategias.

Estos costos parten de actividades complejas, de un todo que busca llegar a concretar algo específico, por ende es de gran impacto el incurrir en todos los factores que permiten que un fenómeno se materialice. Todo ello difiere sustancialmente de los costos de producción, ya que se enfoca en algo de mayor cobertura.

Absolutamente todo genera un costo de transacción que se maneja en torno a las dimensiones que la transacción como tal genere, es decir, todos los recursos que se utilizan para implementar una prestación. A

través de la teoría de los costos de transacción podemos ofrecer una mirada integral al incentivo, porque permite que la incertidumbre explique la variabilidad de los resultados que se pretende obtener.

Para llegar a un efecto se parte de elementos como la frecuencia y la especificidad que esplenden las variables del contexto transaccional. Así surgen una serie de interrogantes, la más sobresaliente es cuál es la capacidad de la teoría de los costos de transacción para explicar los incentivos.

7. INTERCAMBIOS Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

Una transacción es la transferencia de bienes y servicios a lo largo de una frontera organizacional o, como diría Williamson (2009), "a lo largo de una inter fase tecnológica separable". Los costos de transacción son un concepto que incluye tanto la noción de intercambio como la noción de contrato.

La noción de intercambio de derechos de propiedad por bienes y servicios no incluye una promesa de responsabilidad a futuro y comúnmente se encuentra tipificada por transacciones en el mercado, a diferencia del contrato o de un acuerdo entre partes, que sí supone una promesa que se consolidará a futuro, ya que una de las partes ha realizado una inversión y su torna depende exclusivamente del comportamiento que tome la otra parte en un futuro.

Este tipo de transacciones sirven para el intercambio de una promesa de desempeño a futuro, explican Alchian, Woodward y Williamson (1988). Entre los objetos centrales de estudio del costo de transacción se hallan la instauración de un convenio entre partes.

El individuo que hace parte de estas transacciones y contratos es un hombre, o son las representaciones a través de organizaciones. Estas transacciones generan límites en cuanto a la creación de resolución de problemas complejos y en cuanto al procesamiento de la información o del conocimiento adquirido, esto de ninguna manera ligado a la irracionalidad en cuanto a los costos de transacción.

Existe gracias a esto y sin duda alguna, individuos con intencionalidad, en otras palabras, individuos intencionalmente racionales y con la capacidad de celebrar por si mismos o bajo su representación

contratos o convenios. Gracias a todo lo mencionado el intercambio podría efectuarse de manera más eficiente, lamentablemente el oportunismo juega un papel muy grande dentro de este desarrollo.

Intrínsecamente en esta temática también intervienen factores, como los ambientales que hacen referencia a mercados no competitivos donde pocos compradores o vendedores negocian cantidades mínimas. En el mundo de la economía esto se conoce como small numbers bargaining. Dicho intercambio se realiza en ambientes con altos niveles de incertidumbre y produce un incremento en los costos de transacción.

Esta negociación de cantidades mínimas ocurre no solo porque hay límites a la competencia, sino porque las inversiones específicas a la transacción en términos de conocimiento y equipo, en las relaciones de intercambio, pueden crecer.

La incertidumbre y el intercambio de cantidades mínimas han traído consigo las enormes organizaciones integradas, que han comenzado a tomar el lugar de los mercados; se considera la especificidad como la dimensión crucial de las transacciones. Las otras dos dimensiones serían la incertidumbre y la frecuencia con que se repiten las transacciones. La especificidad en los activos hace referencia al grado en que un activo puede ser reubicado, bien sea para usos o para usuarios alternativos sin sacrificar su valor productivo.

En síntesis, los costos de transacción poseen una aproximación al estudio de las instituciones en el ámbito internacional, en equivalencia a las contribuciones de transacción. Para los economistas va mucho más allá que un estudio tradicional de los mercados: la unidad de análisis es la transacción.

En el modelo económico Arrow-Debreau estas transacciones son completadas a través de “contratos contingentes” en un mercado donde lo que impera es el precio al que los proveedores están dispuestos a suministrar el bien o servicio; en un determinado Estado el mundo es igual al precio al que los consumidores están dispuestos a comprar, más todas las implicaciones que esto conlleva.

8. RELACIÓN ENTRE LA CLAÚSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y EL DERECHO DE INTEGRACIÓN

Para Mayorga (1978): “La integración parece tener una propia dialéctica y es, en esencia, un constante y permanente devenir entre el surgimiento de conflictos y su solución. No hay, por consiguiente, rutas fáciles ni caminos cortos. Sólo un reto permanente”. (p.8)

Dentro del derecho de integración encontramos a toda la normativa y a todas las instituciones jurídicas que se encargan de controlar las relaciones existentes entre Estados. A pesar de que el derecho de integración envuelve relaciones múltiples tiene una característica que lo destaca, la autonomía, en cuanto a que cada Estado conforma sus propias estructuras.

La autonomía no existe sola, sino se liga con otras características como la flexibilidad, que permite que los Estados se ajusten a todos los cambios sociales que se generen por el dinamismo en el que se desarrollan. Y aunque el derecho de integración es fuertemente consolidado también destaca por ser simplemente transitorio, ya que dependerá del tiempo de duración y vigencia de los sistemas a los cuales se acoja.

Todo lo que engloba al derecho de integración se focaliza a un fin, si lo vemos desde el punto de vista del análisis económico del derecho su fin es consolidar fuertemente los bloques económicos que produzcan los Estados para la permanencia de sus mercados. Para que la integración de un Estado se exteriorice primero debe estar bien consolidada internamente, dentro de este asunto interfiere en gran medida la política.

Por lo expuesto, el derecho de integración es de mucha ayuda pues facilita las relaciones internacionales. Sin él sería más complicado el consolidar bloques internacionales en todos los aspectos: económicos, sociales, culturales, políticos. Por medio de este derecho es factible la creación de tácticas y estrategias para un mejor desarrollo. En cuanto a lo tratado vale decir que el derecho de integración unido a los costos de transacción y a la cláusula de nación más favorecida proporcionan eficacia en cuanto al surgimiento económico de un país, el crecimiento de una nación primero es interno y luego se expande a modo que todo lo logrado se sienta a nivel internacional.

Esta institución jurídica es central, pues por medio de ella se desprenden más instituciones que contribuyen al desarrollo social en los

distintos países del mundo. Tal es la magnitud o el grado de importancia de esta institución que dentro del Derecho Internacional se lo considera un gran bloque de estudio.

Autores como Malamud (2007) ligan este tema con otras conceptualizaciones:

> El Estado contemporáneo está sujeto a dos tipos de tensiones: de fragmentación y de integración. Las primeras tienen causas fundamentalmente políticas y se relacionan con el resurgimiento de los nacionalismos subestatales; las segundas reconocen motivaciones principalmente económicas vinculadas con el proceso de globalización. (p. 97)

Otros autores como Arcaro (2015) nos brindan definiciones mucho más entendibles. Él hace referencia a que los procesos de integración pueden presentar aspectos muy variados como: estructurales, económicos, culturales, entre otros. Su punto de enfoque es que la integración se genera a partir de los derechos humanos, y una vez conformada, forman una sola estructura. Un ejemplo de estas estructuras es el Mercosur, considerado como aquel bloque económico que no arroga una carta de derechos, sino que más bien se maneja por medio de una perspectiva internacional y comparada.

9. ALGUNOS ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA INTEGRACIÓN

Los antecedentes que marcan el derecho de integración nos trasladan al antiguo derecho romano; aunque históricamente tuvo más auge posteriormente en la hegemonía de la época de los bárbaros cuando el uso de la fuerza era preponderante. La voluntad y el acuerdo de las partes, en este caso de los Estados, en ese tiempo no se tomaba en consideración. Varios sucesos e hitos históricos han marcado lo que hoy conocemos como derecho de integración a lo largo del mundo. Si nos remontamos a los sucesos ocurridos en nuestro continente tenemos un ejemplo muy claro: la guerra del pacífico. Es aquí que por medio de la integración Perú y Bolivia arraigaron lo que ahora es su territorio.

Claro que este derecho no es algo de la nueva era, más bien es una de las expresiones más antiguas dentro del ámbito del derecho. Inclusive en momentos negativos como la Primera y Segunda Guerra Mundial la integración ha estado presente, conformando a aquellos

bloques de guerra que tenían como objetivo el dominio. Aunque este derecho proviene del derecho romano, no existieron estudios en su época y es a través del tiempo que se ha conformado. El lugar donde tiene más fuerza este derecho es en Europa, específicamente, en la Unión Europea. Tal es la conformación de esta institución que existe una constitución vigente, cosa que no existe en América Latina.

10. INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La integración económica que surge por la relación entre dos o más países tiene cuatro etapas, según la concepción de Balassa (1961). La primera etapa data de una zona de libre comercio, sin dejar de lado la necesidad de un ámbito territorial, siempre que las aduanas nacionales sean inexistentes o nulas por así decirlo.

Con esto queremos hacer referencia a que los productos de cualquier país miembro tienen la posibilidad de entrar a otros sin tener que pagar ningún tipo de aranceles o impuestos, así es como se llega a pensar que estos fueron vendidos dentro del país de origen.

La etapa dos es la unión aduanera. Consiste en generar un arancel a través del cual se requiera el pago por los productos provenientes de otros países. Gracias a ello los Estados que conformen una integración agruparán a su vez una unidad en el ámbito del comercio y de las relaciones internacionales.

La tercera etapa trata del mercado común y se enfoca exclusivamente en la unión aduanera. Aquí se adhieren instituciones como la libre movilidad de los factores productivos; entiéndase que los mismos son la conformación del trabajo y del capital en un solo cuerpo, también está dentro de lo mencionado la movilidad en cuanto a bienes y servicios.

Todos estos procesos de integración han tenido una evolución que se adecúa a las políticas comerciales que adoptan los Estados y por este motivo conlleva una coordinación de políticas económicas y legislativas. Por último, todo proceso engloba dentro de sí una unión económica, ligada directamente con los costos de transacción. En conformidad con el desarrollo de los procesos, la integración económica genera más efectos sobre diferentes puntos, como en la política y en la economía.

En palabras textuales “la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico”. (Malamud, 2011, p. 221)

Scharpf (1996), citado por Malamud (2011), manifiesta que:

> Una característica significativa de la integración es su posibilidad de desarrollarse de manera negativa o positiva. La integración negativa hace referencia al desmantelamiento de restricciones a los intercambios transfronterizos y a la distorsión de la competencia, mientras que la integración positiva implica políticas comunes que moldeen las condiciones en que funcionan los mercados. (p.221)

Dentro del derecho de integración se genera un sin número de teorías como el federalismo o el funcionalismo, que son contrarios. Para Mitrany (1996) el enfoque funcional trata de envolver segmentos políticos que poseen dinamismos internaciones para que se consolide la unión de naciones.

9. CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS EN LA INTEGRACIÓN

La integración no solo se encuentra en función del derecho, su análisis se puede extender a diversos ámbitos como la economía o a las estructuras que conforman dicha integración.

En palabras de Arcaro (2015), existe un punto de vista material:

Hay un punto que impregna todos los sistemas de integración de América Latina, esto es, la existencia de cláusulas democráticas en el espectro de su conjunto de reglas. Estas cláusulas democráticas actúan como fuentes legales que establecen normas en el campo que no son fundamentales para el proceso de integración, pero sí establecen un piso de mejora: la existencia y preservación del orden democrático interno de los Estados partes. (p.132)

A lo que queremos llegar es mostrar la existencia de exigencias materiales, ya que sin esta no se puede estructurar las diversas decisiones de negociación. Uniéndose a lo ya mencionado tenemos a la democracia, cuyo objetivo es la consolidación de una integración

fuertemente estructurada. No se basa netamente en el interés que persigue un Estado, ya que cualquiera que sea se encontrará tras de una base en común; tal es el poder de dicha base que, como dice el autor antes mencionado, trasciende no solo en los textos constitucionales nacionales, sino que va más allá de la realidad constitucional de cada uno de los Estados que forman parte en estos procesos.

10. CONCLUSIONES

A través de todas las conceptualizaciones tratadas, llegamos a la conclusión de que la cláusula de nación más favorecida en conjunción con el derecho de integración permite que los costos de transacción de contratos, convenios o tratados sean más bajos, independientemente de que se considere propicia o no la cláusula.

La teoría de costos de transacción explica satisfactoriamente la configuración de todos los medios utilizados para generar una prestación, es decir, estos costos se encuentran presentes en cada escenario, incluido el de las instituciones jurídicas estudiadas. En conformidad con estos costos se percibe que hay un proceso de integración sustancial que interconecta los ordenamientos jurídicos. Por ello, el llamado derecho de integración continúa siendo un desafío para mantener el análisis económico este este ámbito, todo por el modo en cómo el Derecho Internacional y el derecho interno se consagran.

El derecho de integración y los costos de transacción, viéndose desde el enfoque del análisis económico del derecho, permiten que la interpretación de la cláusula de nación más favorecida en el Derecho Internacional se analice desde un punto de vista neurálgico, ya que gira y se entrelaza con varias teorías.

La cláusula de nación más favorecida busca instaurar un ambiente de confianza y de paridad entre los Estados partes; es por su gran alcance que esto no basta y hay que trabajar en conjunto con otras herramientas como la interpretación, por el simple hecho de que esta cláusula no puede transgredir los principios básicos del Derecho Internacional, ni poner en desequilibrio al derecho internacional.

Tal y como lo hemos dicho a lo largo de este artículo, se busca tener un mecanismo a través del cual no exista discriminación alguna y se ligue junto con otras instituciones jurídicas como el derecho de

integración y que en conjunto a los costos de transacción pueda medir el todo de una prestación. De esta forma el derecho y la economía se conjugan para tener una mayor y fuerte preponderancia en todas las políticas que un Estado vaya a acoger para sí.

Al implementar la cláusula de nación más favorecida hay que tener en cuenta los posibles efectos que esta pueda generar, porque al concretarse se extenderá de manera inmediata a todos los demás Estados con los cuales se haya pactado, independientemente de las consideraciones políticas particulares que se tenga con un tercer Estado.

Esta cláusula está en la capacidad de restringir o ampliar su capacidad negociadora con las ventajas y desventajas que ello podría conllevar dependiendo de la parte de que se trate, entendiéndose como parte o partes a los Estados intervinientes.

Este efecto, en teoría, se verá contrarrestado por el carácter recíproco del contrato, convenio o tratado, cuando así se haya pactado, ya que también estarían obligados a otorgarle estos beneficios al Estado que inicial los concedente. Todo esto se ve regulado por la práctica de la cláusula misma y del derecho de integración con el fin de que los costos de transacción que se generen a su paso sean beneficiosos para los Estados contratantes.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchian, A., Woodward, S., y Williamson, O. (1998). The firm is dead; long live the firm a review of Oliver E. Williamson's the economic institutions of capitalism.

Anziliotti, D. (1935). Curso de derecho internacional.

Arcaro, C. (2015). Mercosur, Integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel. Estudios constitucionales. Santiago, Vol. 13, No. 2.

Arias, X., y Caballero, G., (2003). Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: un panorama. Revista de economía institucional, 5 (8).

Balassa, B. (1961). The Theory of Economic Integration, Westport, Conn., Greenwood Press.

Berchole, J. (2008). La dinámica política y económica de la globalización, El Estado y la globalización, Buenos Aires, EDIAR.

Bernárdez, C., Rodríguez, P., López, C., y otros. (2010). Derecho Internacional Económico. Marcial Pons.

Carrano, I. y Bonifaz, G. (2008). Los alcances de la cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos de inversión. Revista Ius Et Veritas. Perú . Perú. Vol. 36.

Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses (1978). Recuperado de http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_3_1978.pdf

Free Trade Of de Americas. (2003). Recuperado de http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_e.asp

Gaillard, E. (2007). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Sentence sur la compétence du 13 septembre 2006. Telenor Mobile Communications c/ République de Hongrie. Journal de Droit International, 134.

Gamboa, F. y Fernández, M. (2005). Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración. Santiago. LexisNexis.

Hamida, B. (2003). L'arbitrage Etat-Investisseur étranger. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique. Thèse pour le Doctorat en Droitde l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Herdegen, M. (2005). Derecho Económico Internacional.

Herdegen, M. (2005). Derecho Internacional Público. Universidad Nacional Autónoma de México.

Herrera, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/1002/100212247004.pdf

Hornbeck, S. (1909). The Most-Favored-Nation Clause. American Journal of International Law, 3(4), 797-827.

International Law Commission. (1978). Yearbook of the International Law Commission. Vol. II. Part II.

Leone, J. (2003). El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones. Reflexión Política. 5(9).

Londoño, L. (2007). Derecho Internacional Público. Pontificia Universidad Javeriana, Vol. 2.

Malamud, A. (2007). Estado. Recuperado de http://apps.eui.eu/Personal/Researchers/malamud/Estado%20(Aznar%20y%20De%20Luca).pdf.

Malamud, A. (2011). Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional. Norteamérica, México, Vol. 6, No. 2.

Martínez, J. (2007). Las instituciones y el desarrollo económico un análisis breve, Observatorio de la Economía Latinoamericana, No. 73.

Mayorga, R. (1978). Mercado Común Centroamericano: Situación actual y perspectivas. Revista Integración Latinoamericana. . (8).

McLachlan, C. (2005). The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention. International and Comparative Law Quarterly, 54(02).

Mcnair. (1961). The Law of Treaties. Oxford: Clarendon Press.

Mitrany, D. (1966). A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization, Londres, Royal Institute of International Affairs.

Nolde, B. (1932). La clause de la nation la plus favoriseé et les tariffs préférentiels, Tomo XXIX, Recueil des Cours.

North, D. (1998). Una teoría de la política basada en el enfoque de los costos de transacción. Saiegh, Sebastian y Tommasi, Mariano (comp.). La nueva economía política. Racionalidad e instituciones. Buenos Aires, EUDEBA.

Posner, R. (2008). El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica.

Price, D. (1993). Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, An. Int'l L., Vol. 27.

Richter, R., y Furubotn, E. (1997). Institutions and economic theory: The contribution of the new institutional economics. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Rubio, M. (1996). Reglas del juego y costos de transacción en Colombia. Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico. Universidad de los Andes, Colombia, Vol. 8.

Salgado, E. (2003). Teoría de costos de transacción: una breve reseña. Cuadernos de administración. 16(26).

Salgado, O. (2010). El ABC del Derecho para la integración. El Surco de la Neo-Integración.

Scharpf, F. (1996). Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in Gary Marks, Fritz W. Scharpf, Philippe, C. Schmitter and Wolfgang Streeck, eds., Governance in the European Union, Londres, Sage.

Schwarzenberger, G. (1945). The most favored nation standard in British State practice. In: British Year Book of International Law. No. 22.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994). Recuperado de https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%AD-dicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte

Vera, C. (2006). Comercio, inversión directa y políticas productivas. United Nations Publications, Vol. 16.

Williamson, O. (2009). Las instituciones económicas del capitalismo.

Recibido: 21 de febrero de 2018

Aceptado: 21 de agosto de 2018

Brigitte Torres Reyes: Investigadora jurídica

Correo electrónico: btr437@gmail.com

Los Principios Generales del Derecho Internacional Público y su Ponderación

The General Principles of Public International Law and its Weighting

Franklin Barriga López
Investigador jurídico

Artículo Original (Miscelánea estudiantil)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 199-224, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el trabajo se enfoca en la poca efectividad que posee la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Público para proveer una solución a los conflictos internacionales. En ese sentido, se apunta a describir si dentro de las relaciones internacionales los Estados actúan apegados a la normativa internacional.

PALABRAS CLAVE: análisis jurídico, ponderación de principios, praxeología, normas internacionales, Derecho Internacional Público.

ABSTRACT: this paper focuses on the ineffectiveness of applying the general principles of Public International Law to provide a solution to international conflicts. It aims to describe whether, within international relations, States act in accordance with international regulations.

KEY WORDS: legal analysis, weighting of principles, praxeology, international standards, Public International Law.

INTRODUCCIÓN

Camilo Restrepo manifiesta que, en el nacimiento del Derecho Internacional Público, "se evidencia una marcada tendencia estatocéntrica en la teoría de las relaciones internacionales, según la cual el Estado es el único actor y destinatario de la norma jurídica internacional"[77].

En la actualidad esto ha cambiado, ya que existe injerencia de organismos internacionales, que buscan el bienestar común.

La Organización de la Naciones Unidas (ONU), el 24 de octubre de 1945, dictó su Carta constitutiva. En el artículo 1 de la carta se incluyen sus propósitos, que han de basarse en los principios que estipula el artículo 2, planteados para mantener la paz y la seguridad internacional. En realidad, los Estados prescinden de estos objetivos. Por lo tanto, analizaremos la aplicación de tales principios, que deberían ser considerados de carácter praxeológico.

Se plantea entonces identificar los principios generales del Derecho Internacional Público desde una perspectiva del conceptualismo metajurídico, que trasciende la ley escrita y, con ello, estudiar su incidencia en las relaciones interestatales actuales.

A partir lo expuesto, se ofrecerá un enfoque sobre las bases de este sistema jurídico, que ha de equilibrar su funcionamiento entre el respeto a la soberanía de los Estados y la garantía de la paz mundial.

Lo anterior apunta a formar un nivel de conocimiento de hasta qué punto, desde la perspectiva jurídica de los Estados miembros, especialmente las superpotencias -que tienen ya precedentes de establecer por una fuerza no legítima la subordinación de ciertos Estados-, se cumple o no con la Carta de las Naciones Unidas.[78]

---

77 Restrepo, J.C., (2013). La globalización en las relaciones internacionales: Actores internacionales y sistema internacional contemporáneo. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, 43 (119), pp. 32-35.

78 Es necesario considerar que la Carta de la ONU, que influye en el alcance jurídico del Derecho Internacional Público, de acuerdo con Guadalupe Vautravers Tosca, "es un tratado multilateral de carácter constitucional; se lo denomina como tratado porque es un acuerdo entre Estados, celebrado por escrito y regido por el Derecho Internacional, al ser carta no modifica su carácter de tratado; es de característica constitu-

1. ALCANCE JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES INTERNACIONALES Y EFECTIVIDAD EN SUS ORGANISMOS

El Derecho Internacional Público, según Jairo Pérez López, "es aquella rama del Derecho compuesta por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones y organizaciones internacionales; es creado principalmente por acuerdos entre Estados[79]".

En la actualidad, existen varias problemáticas sobre el alcance jurídico de los principios generales del Derecho Internacional Público estipulado en todos los numerales del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

Los Estados, en su mayoría, desean una autonomía e independencia sin chocar con la normativa internacional; ejemplo, "la Constitución de la República del Ecuador del 2008, que, desde su poder constituyente expresado en su preámbulo, establece el principio de la soberanía, al mencionar las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo; además, en su artículo 1, invoca a la soberanía que radica en el pueblo y de ser un Estado Constituyente de Derechos independiente" como lo estipula Hermosa[80].

Uno de los pilares fundamentales en que se basan los principios generales del Derecho Internacional Público, estipulado en la Carta de las Naciones Unidas, "es el respeto de la soberanía estatal, definida de acuerdo a Enchaszadeh & Espinoza[81] al tópico fundamental del pensamiento político clásico; asimismo, este concepto ha recobrado su vi-

---

cional porque se encuentra en la cúspide de todo el sistema jurídico internacional; en caso de contradicciones, prevalecerá la Carta de la ONU." Ver Vautravers-Tosca, G., (2011). La relación entre el Derecho Internacional Público y la política exterior, el caso de México. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 9(1), pp.22-23.

79 Pérez López, J., (2015). El Derecho Internacional Público y sus connotaciones. Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, 22 (3) pp. 9-10.

80 Hermosa Mantilla, H., (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 de las Naciones Unidas. Universitas, Revista de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana, Cuenca, Ecuador, 1 (20), pp. 17.

81 Enchaszadeh, A. P & Espinosa, M. (2014). Soberanías heridas de muerte, Estados llenos de vida. Utopía y Praxis Latinoamericana de la Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela, 19 (66), pp. 79-81.

gencia como el núcleo de la filosofía política internacional contemporánea, como el poder político supremo que corresponde a los Estados independientes".

Es de suma importancia establecer dos preguntas fundamentales: ¿Son efectivas las acciones que emprende el Consejo de Seguridad de la ONU?, y, de ser así, ¿quién decide en última instancia?

Sin embargo, autores como Luis Gordillo Pérez[82] plantean otro concepto, el de "las organizaciones supranacionales o de integración, definiéndose como aquellos organismos internacionales que sobrepasan el imperativo de cooperación a que responde toda organización internacional y plantea el equilibrio de ciertas competencias soberanas en la búsqueda de una unidad superior en cuyo interior las fronteras se hacen más dúctiles y maleables. Distinguiéndose de las organizaciones de cooperación, las de integración, establecen la cesión de competencias soberanas, realizada por los Estados integrantes, en principio sobre materias concretas, que son ejercidas por medio de órganos interestatales legitimados por todos los miembros de dicho organismo, para actuar directamente en cada uno de ellos".

Para llegar a este fin, estos entes supranacionales limitarían la soberanía de sus Estados miembros, pues se fundamentan con la intención de crear una entidad con poderes propios para la construcción de principios y normativas universales.

De esta forma, todo Estado que acepta someterse a las resoluciones y recomendaciones de la ONU ceden un pedazo de su soberanía a estos organismos supraestatales para garantizar el bien común de todos los integrantes. Esta cesión o transferencia de soberanía, en beneficio del organismo integrador, se conoce con el nombre de supranacionalidad.

El alcance jurídico claro e integral sería la manera perfecta en que todos los países se beneficien entre sí. Sin embargo, los abusos de las superpotencias por aplicar sus intereses por sobre los principios de soberanía de estas organizaciones supraestatales provocan un deterioro de la potestad de un Estado, especialmente si va en contra de los países en vías de desarrollo.

82 Gordillo-Pérez, L. (2012). Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU. Estudios constitucionales de Chile. Santiago, Chile, 10 (1), pp. 20.

La ineficiencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, desde su creación, no ha cumplido con lo estipulado en los principios de su organización. Esto ha generado controversias de acuerdo con su efectividad y su papel de solucionar conflictos y precautelar la paz internacional. Por ello, autoras como Torrecuadrada[83] "hablan sobre el mal manejo de este ente supraestatal en los últimos veinte años, ya que, la desastrosa concertación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad ha permitido la implementación de resoluciones de discutible aceptación sobre todo refiriéndose al Capítulo VII de la Carta, sin tomar en cuenta sus principios fundacionales y el carácter praxeológico para reformar la normativa internacional actual; provoca atropellos a la soberanía nacional de los pueblos indefensos".

Autores como Ernesto Márquez Rueda[84] proponen "una nueva perspectiva de este pobre alcance jurídico de los organismos interestatales y la no existencia del Derecho Internacional Público, sino más bien se lo traduce como una moral internacional que se constituye con principios universales establecidos en estos instrumentos que no van a tener la misma fuerza ya que deben respetar, en la medida que es posible, la soberanía de los Estados, a diferencia de una legislación interna en un Estado de Derecho en donde se ejerce una función ejecutiva, legislativa o judicial para la regulación, ejecución y sanción de los implicados".

La violación del principio de soberanía, por parte de las superpotencias y algunos países en vías de desarrollo, influye en los demás principios que constan en el artículo 2 de dicho instrumento jurídico internacional.

El numeral 6 del artículo 2 de la mencionada Carta menciona que la Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios, en la medida necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales, lo que no los exime de su cumplimiento al ser de un alcance jurídico con características universales e irrenunciables.

---

83 Torrecuadrada García, L. (2012). La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Problemas y posibles soluciones. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, 13 (1), pp. 16-17.

84 Marqués-Rueda, E, (2011). El acto y crimen de agresión en el Derecho Internacional Público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales. Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, 9 (1), pp. 23-24.

Alejandro Borda define al principio de buena fe “como aquella norma jurídica que impone a los Estados miembros el deber de ajustar su propio comportamiento al arquetipo de conducta reclamado por los ideales morales vigentes en aquellas organizaciones internacionales[85]”.

Juan Cianciardo[86], al referirse al literal número 2 del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas sobre el principio de la buena fe, asegura que “los derechos y beneficios de los países miembros de la ONU son inherentes a su condición de miembros, para de esta manera cumplir las obligaciones contraídas por ellos, de conformidad con esta Carta y los principios estipulados en la organización”.

Este principio, fundamentado en la actitud positiva de los Estados “para la cooperación de las partes, surge de la necesidad que las propias declaraciones despierten confianza en el otro, lo que se alcanza con la palabra empeñada; esta actitud legal y ética, núcleo del principio general de la buena fe, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos”. Es de difícil definición y aprehensión, pero aun así tiene gran relevancia especialmente en el Derecho Internacional Público .

El principio de buena fe, de acuerdo con Juan Carrera[87] debe considerar, además de la buena fe objetiva o más conocida como buena fe en sentido ético, la creencia y la confianza que tiene un Estado en un pacto o convenio internacional que surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que la norma frecuente”.

El alcance jurídico de la buena fe objetiva se basa en lo que los romanos denominaban “pacta sunt servanda”: los Estados se sujetan en su palabra empeñada en cualquier convenio, tratado, pacto y normas estipuladas en la normativa de la Carta de Naciones Unidas, que han de cumplir lealmente con imparcialidad.

El numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas menciona que los Estados miembros de la organización resolverán sus conflictos interesta-

85 Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 29(2), pp. 12-13.

86 Cianciardo, J. (2014). Principios del Derecho Internacional Público: Entre la racionalidad y la irracionalidad. Díkaion de la Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia, 23 (1), pp. 11.

87 Carrera, J. (2015). Argumentación, principios y razonabilidad. Díkaion de la Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia, 33 (4), pp. 32.

tales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacional, con el respeto del alcance jurídico de la justicia; a todo ello se lo denomina el principio de la solución pacífica de las controversias internacionales.

Este principio del Derecho Internacional Público, según Antonio Corredor[88], permite a los procedimientos "un alcance jurídico en materia internacional; se fundamentan en los puntos de interrelación de cada uno de los regímenes estatales y en las garantías mínimas procesales que establece las Naciones Unidas para reconocer cualquier tipo de procedimiento de paz aceptadas por la comunidad internacional; entre estos recursos jurídicos existen medios diplomáticos como la negociación internacional, buenos oficios, investigación y conciliación; y como medios jurídicos, el arbitraje internacional y la solución o arreglo judicial".

La negociación en materia internacional, según Velázquez y García[89], "involucra el encuentro diplomático directo de las partes, mediante el contacto de los diplomáticos o el mismo jefe de Estado. Establece una serie de condiciones que deben ser satisfechas por cualquier acuerdo entre las partes; a partir de ese conjunto de condiciones, se puede alcanzar un resultado único. Por el contrario, el conjunto de condiciones es inconsistente con la existencia de solución alguna a la negociación".

El modelo de negociación, desarrollado en la Universidad de Harvard por Fisher y Ury, de acuerdo al autor Bogvany[90], aplicado también en el Derecho Internacional Público, "plantea que en las negociaciones internacionales, en materia de solución de conflictos, la comunicación es un paso previo entre las partes que se benefician de la creación y mantenimiento de un clima político de mutuo acuerdo, seguido de relaciones óptimas, para el propósito de trabajar y desarrollar entendimiento, confianza y respeto mutuo, a pesar de las diferencias de las partes".

---

88 Corredor-Higuera, A. (2012). Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional público. Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, 14 (27), pp. 17-18.

89 Velázquez, J.C., y García, E., (2015). Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM, 15(1), pp. 15.

90 Bogdandy, A.V., (2011). Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional, México, UNAM, 2 (1), pp. 44.

Los Estados no deberían centrar sus posiciones sobre todo idealistas que influyen en la decisiones; el interés por solucionar los conflictos aumenta las posibilidades de disputas, ya que la presentación que cada parte hace de su posición está relacionada con sus necesidades e inquietudes que, si son comunicadas de manera amena, permiten que este procedimiento sea eficaz, en vista de la presencia de un abanico de opciones a la solución en que las partes establecen para satisfacer sus intereses.

En una negociación se debe consultar y mostrar los criterios de legitimidad que se proponen, esto permite que la negociación sea llevada en forma persuasiva y que la relación establecida se fortalezca aún más, porque la legitimidad no se negocia.

Al final, los Estados en disputa se acogen a los pactos verbales o escritos que especifican los acuerdos. Es su voluntad si ejercen el cumplimiento de lo que dicen las organizaciones. En caso de aceptar las partes, se realiza el mutuo compromiso.

Ernesto Cuestas[91] sostiene que "los buenos oficios en contactar a las partes que se encuentran distanciadas por un desacuerdo, al acercarlos para hacer viables las negociaciones directas, sin que por ello el tercero participe en éstas".

En los buenos oficios el tercero que actúa como imparcial junta a las partes con el objetivo de solucionar el conflicto por sus propios medios, sin intervención de este tercero; se podría considerar como un rango menor que la mediación.

La mediación internacional, según Sara López Vallés y Carlos López Cárdenas[92], "radica en la existencia de un desacuerdo y la solución que lo implica; al presentarse dos posiciones sin llegar a ningún tipo de consenso, se exige la intervención de un tercero imparcial, que en este caso sería la ONU, cuyo rol consiste en hacer efectivo los principios fundacionales de promover la paz".

---

91 Cuestas-Zamora, E.J., (2015) La mediación y los buenos oficios en la resolución de conflictos internacionales. International Law: *Revista Colombiana de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Javeriana,* Bogotá, Colombia. 1 (26), pp. 16

92 López Vallés, S. y López Cárdenas, C. M. (2014). Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes,* Bogotá, Colombia, 1 (12), pp. 29.

El mediador puede ser un Estado que mantenga excelentes relaciones diplomáticas con las partes en controversia; éste propondrá planteamientos de solución en que las partes decidirán si se acogen o no a las mismas ya que el fallo no es obligatorio.

Los últimos medios diplomáticos sobre el principio de solución pacífica de las controversias internacionales consisten en la investigación y conciliación, definidas "cuando los Estados vinculados con el conflicto poseen la capacidad de aglomerarse y cooperativamente resolver los conflictos, lo cual se propicia el concebir el conflicto y su consecuente transformación. Según lo establece Miguel Montoya[93], a diferencia de la mediación, el concilio se basa en la justicia; sin embargo, la conciliación posee la forma de la mediación y la esencia de una decisión".

De igual importancia, los medios jurídicos de solución pacífica de las controversias internacionales son el arbitraje internacional y la solución o arreglo judicial.

El arbitraje internacional, de acuerdo con Cristian Cornero[94], es de característica neutral, ejecutable y obligatoria, "para resolver las disputas internacionales; combina elementos del Common law y del Derecho Continental Europeo; las partes diseñan las normas de procedimiento en virtud del cual se resolverán sus controversias; además, es de fácil ejecución en la mayoría de los países del mundo; implica el compromiso de someterse al principio de buena fe de las decisiones, el Estado no está en la obligación de someter sus disputas al arbitraje sin su consentimiento: hay un acuerdo voluntario de los Estados implicados".

La solución o también llamada arreglo judicial en el Derecho Internacional Público, según Hernández y Manasia[95], es de "característica muy similar al arbitraje internacional, con la diferencia que la solución implica la toma de decisión obligatoria de las autoridades judicia-

93 Montoya-Sánchez, M.A y Salinas-Arango, N.A. (2016). *La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto.* Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 15 (30), pp. 27.

94 Conejero-Roos, C. (2016). La constitución y el arbitraje internacional: ¿Hacia un nuevo lenguaje?, *Revista Chilena de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales* Santiago, Chile, 1 (7), pp. 35-36.

95 Hernández Villalobos, L. y Manasía Fernández, N. (2015). *Conflictos internacionales: Medios de solución y derecho internacional humanitario*, Revista Frónesis, 12(3), pp. 25.

les competentes, con una corte permanente preconstituida, sin posibilidad alguna de que las partes elijan un tribunal a su conveniencia".

La Carta de las Naciones Unidas, en los artículos 7 y 92, establece que la Corte Internacional de Justicia es el órgano jurisdiccional principal de la ONU; todos los Estados del planeta sean o no miembros están comprometidos, pero con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

El numeral 4 del Artículo 2 de dicha Carta plantea un símil con el numeral 3, ya que establece el principio de prohibición del uso de la fuerza, basándose en las "relaciones internacionales pacíficas. Se abstendrán de recurrir al uso de la fuerza ilegítima en contra del principio de soberanía y sin vulnerar la autonomía política de cualquier Estado, más que todo sin contrariar los propósitos de las Naciones Unidas, según lo estipula José María Mozón[96]".

Para garantizar la paz mundial, la Carta de la ONU, en referencia a los artículos 41 y 42, establece las excepciones al uso de la fuerza, "como el aplicar dichas medidas que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas, así como el quebrantamiento de las relaciones diplomáticas; si el Consejo de Seguridad determina que estas medidas son inefectivas, podrá ejercer el poderío militar con el objetivo de restablecer la seguridad internacional".

De acuerdo a lo que estipula el numeral 5 del mismo instrumento internacional, los miembros pertenecientes a dicha organización deben en lo posible prestar toda clase de ayuda en cualquier acción sobre los propósitos de conformidad con esta Carta, para garantizar la paz entre países; se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización ejerza una acción preventiva o coercitiva.

El primer objetivo específico del presente capítulo es determinar el alcance jurídico de cada uno de los principios estipulados en la Carta de la ONU y la efectividad de sus instituciones supraestatales. Cuando se toma la visión lógica de los principios descritos del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, la carencia de normas conforme a la actual realidad internacional y como se ha demostrado la falta de fuerza le-

96 Monzón, J. M. (2013). La filosofía del neocolonialismo originario en las políticas imperialistas latinoamericano, *Revista Via Iuris de la Fundación Universitaria Los Libertadores*. Bogotá, Colombia, 1 (15), pp. 65.

gítima en la aplicabilidad de las sanciones en diversos casos. Lo cierto es que con un criterio praxeológico, estos ensayos de prueba-error nos demuestran la ineficacia del actual sistema internacional, por más que se intente sistematizar, pues como se ha demostrado históricamente, los intereses de los más fuertes, sin importar la ideología política que sean, siempre se impondrán.

Esto conllevaría a un análisis metajurídico de los principios generales del Derecho Internacional Público para encontrar la forma y el fondo de la esencia que permitieron legislarlos y, a partir de ello, determinar su aplicación jurídica por el bienestar de los pueblos.

2. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CON SOLIDEZ JURÍDICA EN RELACIÓN CON LOS MÁS VULNERABLES

Los principios se distinguen de las reglas jurídicas por ser considerados como mandatos de optimización, además, como expresa Sophía Romero[97], los "dos son parte de la norma jurídica, pensados en base a la prescripción de la norma en sentido estricto y al criterio doctrinal que realice el jurista".

Como sostiene Velázquez[98], "las reglas jurídicas son normas descriptivas de inminente ejecución, retrospectivas, con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige el criterio de ensayo – error, con la finalidad de sentar las bases entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la elaboración de los hechos".

El mismo autor plantea que los principios en Derecho son normas de aspecto terminal, prospectivas y con características de parcialidad y complementariedad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada para su promoción.

---

97 Romero Rodríguez, S. (2013). Teoría de los principios jurídicos, *Ius et Praxis de la Universidad de Talca*, Talca, Chile, 19 (1), pp. 39-40.

98 Velázquez-Elizarrarás, J.C., (2012). Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del Derecho Internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México,* Distrito Federal, México. 12 (1), pp. 40-41.

Los principios generales del Derecho Internacional Público, si bien están incorporados en la Carta de Naciones Unidas, y al fundamentarse en los propósitos de dicho ente supranacional se podría pensar que siguen un parámetro lógico basados en la teoría al dictar criterios morales y valóricos de carácter universal y en teoría los Estados miembros, no alegarían una inefectividad en su cumplimiento.

En este sentido, Hernán Valencia[99], con los ideales del jurista Alexy, dice que la doctrina de este tratadista plantea a los "principios como mandatos de optimización, con alto nivel de abstracción y que se aplican a la mayoría de las situaciones".

Al ser abstractas, supondrían una problemática, ya que los principios tendrían un alto rango de subjetividad por parte de los miembros del organismo internacional, debido a la interpretación del principio en cuestión; además, por la multiculturalidad de este ente, sería difícil que dado un hecho de inestabilidad mundial, todos los miembros respeten estos mandatos de optimización, ya que como hace alusión Ignacio Roncagliolo[100], la ONU tiene una moralidad que solo se basa en los criterios morales occidentales para prescribir sus principios y de juzgar solo por esa situación, sería excluir a más del 60% de sus miembros que tienen una visión diferente en los pensamientos valóricos y morales.

Esto genera una colisión entre todos sus principios universales, por cuanto a los Estados miembros se les hace muy difícil, en una situación de inestabilidad internacional, dar un criterio eficaz sobre cual principio debería primar en cada situación, además de un método de inmediata y eficaz ejecución al presentarse antinomias entre dos o más disposiciones jurídicas que, a su vez, son normas incompatibles entre sí; ambas pudieran ser respuestas al caso concreto, conocidas como normas prima facie.

La ponderación permite aplicar el o los principios adecuados a cada situación concreta en donde la normativa no puede plantear resoluciones y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre dos o

99 Valencia Restrepo, H. (2017). La definición de los principios en el Derecho Internacional contemporáneo, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana,* Medellín, Colombia, 37 (106), pp. 32.

100 Roncagliolo-Benítez, I., (2015). El principio de no intervención: Consagración, evolución y problemas en el Derecho Internacional actual, *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*, Chile. 21 (1), pp. 49-50.

más de ellos; se trata que entre los valores a tomar en cuenta, evaluar la esencia de cada uno, plantear sus razones que la favorezcan o no, para de esta manera buscar el denominador común de ellos y que resulte más apropiado para la situación a solucionar.

Milton Rojas[101] explica que es imposible librarse de la subjetividad en la solución de choques de principios, pero la "ponderación trata de poner de dos maneras un criterio pseudo-racional, y que sea la manera más integral de solución de esas antinomias serían llevar a cabo un análisis cauteloso de la parte más relevante del caso, tanto en lo fáctico como en la normativa, para así ver la base de la antinomia; determinar cuál de estos principios en choque es el que puede dar una solución eficaz, pero en la medida de lo posible no desvincular al otro principio."

Según Erika Isler[102], no se puede dar un criterio con una aseveración totalmente eficaz a la solución de estos principios universales en materia internacional, no solo por la gran relevancia a nivel mundial que tienen y la dificultad que los mismos presentan, ya que en términos simples se traducirían estas resoluciones de características no tan precisas. "Al encontrar un punto medio entre los dos principios de valores opuestos, nunca se va a tener una respuesta satisfactoria hacia cualquiera de las partes, especialmente en el caso de solución de conflictos internacionales, en donde todo Estado va a mantener sus prioridades por sobre las de los otros, más si son superpotencias".

A fin que puedan ser válidas estas aplicaciones de principios para la solución de conflictos, hay que establecer el sistema jurídico por el cual el Derecho Internacional Público se maneja y ejerce su poderío. Según Marcela Gutiérrez[103], "el monismo jurídico es un instrumento que permite relacionar el Derecho que rige exclusivamente en la legislación de un determinado Estado con el derecho internacional, y que se establezcan entre sí regulaciones de un mismo orden jurídico".

---

101 Rojas., M. A. (2010). *Los principios bioéticos en los principios constitucionales.* Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. 5 (9), pp. 63-64.

102 Isler Soto, E. (2011). La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores, *Revista de Derecho Valdivia de la Universidad Austral de Chile*, 24 (2), pp. 65.

103 Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y monismo Jurídico. Hacia una nueva perspectiva del Derecho Internacional, ***Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia***, Bogotá, Colombia, 1 (26), pp. 85.

Este planteamiento también es sustentado por el jurista Welzen. Roberto Jiménez[104], autor positivista, sostiene que el "positivismo permite el comportamiento de aquellas normativas que actúan como universales; propone al Estado someterse al derecho supranacional, y en teoría se aglomera un solo carácter jurídico que admite más criterios, a más de la concepción monista con primacía del derecho interno con el internacional".

Además, si consideramos que las normas de Derecho Internacional deben por regla general prevalecer sobre las del Derecho Interno; los sujetos de esta ciencia jurídica deben respetar y cumplir sus disposiciones y no pueden tomar medidas o acciones que contravengan a dicha normativa.

Para concluir, la consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al Estado respectivo responsable internacionalmente. Además, tratándose de dos sistemas autónomos entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional.

2.1. Ponderación de Principios del Derecho Internacional

Bernal Pulido, citado por el autor Leonardo García[105], sostiene que la "ponderación" es la forma en que se aplican principios, entendido como tal las operaciones que se debe seguir cuando dos principios, aplicables a un caso concreto, entran en conflicto y debe definirse cuál debe prevalecer sobre otro.

Se estima que los principios jurídicos, al igual que las normas internacionales, son fuente de Derecho Internacional Público tal como lo determina el artículo 38 del Estatuto que crea la Corte Internacional de Justicia. Los principios generales del Derecho Internacional son:

---

104 Jiménez Cano, R. M. (2013) Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho de la Instituto Tecnológico Autónomo de México* Distrito Federal, México, 39, octubre, 2013, pp. 83-88.

105 García-Jaramillo, L. (2009). Reseña de "El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho" de Carlos Bernal Pulido. *Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario,* Bogotá, Colombia, 11 (2), pp. 79.

El principio de la igualdad jurídica y soberana de los Estados. Este es irrespetado puesto se encuentra regulado por normas que fomentan desequilibrios. Por ejemplo, la propia Carta de la ONU se contradice al invocar este principio y luego contiene disposiciones a favor de determinados países miembros permanentes del Consejo de Seguridad en cuanto al derecho al veto, con el fin de garantizar el propósito de mantener la paz y seguridad internacional estipulado en el artículo 1 del mismo cuerpo legal.

El principio de buena fe en las relaciones internacionales tampoco se lo respeta, ya que dentro de las relaciones internacionales existen intereses sobre todo de las grandes potencias para que prevalezca su interés nacional y su política en el contexto mundial; algunos Estados ejercen presión ante los organismos mundiales para conseguir ventajas y beneficios sobre los otros, todo ello a través incluso de estrategias y negociaciones entre los interesados. Prevalecer el interés nacional en el contexto mundial, justifica sus acciones porque buscan "garantizar" la autonomía y soberanía que tiene un Estado.

El principio de la solución pacífica de las controversias no se la respeta. Por lo general, dos Estados que tienen diferencias, en la mayoría de los casos, utilizan las armas con el objetivo de respetar conforme a "derecho su independencia política, integridad territorial y su principio de autodeterminación y soberanía". Luego, después de un conflicto armado, recién se inician las conversaciones para llegar a una paz.

En cuanto al principio de la prohibición del uso de la fuerza, se aplican excepciones como en el derecho a la legítima defensa. El problema es que se han presentado casos de excesos en el ejercicio a la legitima defensa y el país agredido se convierte en el agresor. Indudablemente esto generaría responsabilidad internacional pero no se aplica la igualdad jurídica de Estados y más bien se invoca, para justificar estas acciones, el principio de la guerra preventiva con el fin de hacer frente al terrorismo internacional. Por ejemplo, no se han respetado algunas resoluciones de la ONU en cuanto a la prohibición del uso de la fuerza.

Los principios generales del Derecho Internacional Público se encuentran en pugna. Existe un proceso para determinar cuáles principios son dignos de protección en cada situación específica. Estos principios en su totalidad no son aplicados, por ello se debe considerar:

La Constitución de la República de varios Estados como tratados internacionales que incorporan principios y derechos fundamentales. Las normas internacionales prevalecen sobre las internas en base a la concepción del monismo jurídico; los principios del Derecho Internacional son de carácter universal y obligatorios para todos los Estados.

No existe un nivel jerárquico en lo que respecta a los principios que se encuentran descritos en el artículo 2 de la Carta de la ONU. Ninguno es más importante que el otro. Todos los principios buscan cumplir con los propósitos descritos en el artículo 1 de la Carta de la ONU.

Solucionar el conflicto depende del caso en concreto para determinar la primacía entre uno u otro principio, aunque como se manifestó en el campo internacional no debería existir jerarquía porque igualmente protegen derechos fundamentales.

La aplicación de un principio de derecho internacional debe valorarse en cuanto a la magnitud de los bienes jurídicos que se pretenden proteger, a más del cumplimiento de los propósitos de la Carta de la ONU.

Un problema grave es que algunos Estados irrespetan normas internacionales sobre el principio de soberanía. En caso de controversia, los jueces tendrán que determinar de qué manera se ha limitado la soberanía estatal o por qué era prioritaria la primacía de otro principio para proteger bienes jurídicos de mayor relevancia

Es pertinente recordar que la ponderación de principios es un procedimiento para solucionar conflicto de normas al buscar el punto de equilibrio entre valores opuestos.

Se debe decir que actualizar la Carta de la ONU, conforme a los requerimientos y tendencias del mundo actual, para que las normas positivas no tengan contradicción con sí mismas y se fomente una verdadera igualdad entre los Estados, es una necesidad.

El objetivo específico de este capítulo es comparar, mediante la ponderación, los principios que tienen mayor solidez jurídica en relación con aquellos más vulnerables dentro de la comunidad internacional.

En base a ello, se concluye que los Principios Generales de Derecho Internacional Público establecidos en la Carta de Naciones Unidas están basados en un criterio persuasivo y sugestivo hacia todos los

Estados. Como se ha demostrado, es metafórico ya que se hace legítimo su uso. Especialmente al ser principios muy abstractos chocan con las distintas formas de ver el mundo y no habría un parámetro lógico de poder establecer un criterio universal de los mismos. Dado por hecho que este Derecho es de carácter praxeológico, debe seguir el denominado proceso del ensayo-error para su evolución. Ya que los principios son metajurídicos, será difícil llegar a un consenso universal, debido al choque de culturas de más de 197 miembros activos y los intereses de los cinco integrantes permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU.

3. CARÁCTER PRAXEOLÓGICO DE LAS NORMAS EN RELACIONES INTERESTATALES Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Sobre el criterio praxeológico, Jorge Larroucau[106], "expresa la existencia de un conocimiento a priori sobre la causalidad, es decir que toda actuación humana tiene una consecuencia en la medida que actúe la sociedad, revela efectos que pueden resultar en su beneficio o prejuicio".

Las relaciones humanas, como en las relaciones internacionales, necesitan de comportamientos repetitivos para su buen funcionamiento y que la reiteración de determinadas actuaciones genere cierta predictibilidad respecto al proceder de las partes. Se tiende hacia la cooperación social y, de esta manera, formar el Derecho que rija a los miembros de las organizaciones supraestatales

El causalismo jurídico conlleva a la tendencia de regularidad de acciones, debido al proceso de ensayo-error realizado por una determinada sociedad o ente internacional; a partir de ello aparecen normas de comportamiento y los organismos que las regulan.

Si se aplicara el Derecho Internacional Público desde un enfoque lógico, se determinaría su cuestionamiento en su verdad o falsedad de la normativa estipulada en alusión a los principios generales del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas. Lo pertinente sería hacer un criterio valorativo de las reiteraciones para poder saber si tal normativa es aplicable o no.

106 Larroucau - Torres, J. (2017). La praxeología y los hechos sustanciales controvertidos, *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, Chile, 44 (1), 2017, pp. 159-160.

La poca importancia del carácter praxeológico de las partes involucradas en el proceso de la creación de las normativas internacionales, como la Carta de Naciones Unidas, es la mayor causa por la que existe hasta en la actualidad un sistema ineficiente en la solución de los conflictos.

Al recordar que su creación fue en 1945 y que los miembros del Consejo de Seguridad se enfocaron con un criterio lógico en las soluciones de conflictos a partir de la situación de aquella época sin tener ningún tipo de reformas, no se proporciona relevancia a las múltiples culturas que tienen un criterio diferente a lo que los occidentales perciben como Derecho y a los criterios valóricos morales, al creer que por estar tipificados en un documento todos los países acatarían sin caer en cuenta que los ideales de las sociedades evolucionan y tienen distintas perspectivas.

Como dice Fernando Cepeda[107] sobre las políticas de superpotencias en referencia a EEUU, "la Guerra al Terrorismo es una respuesta a un proceso que no aparece el 11 de septiembre de 2001, sino que se ha desarrollado durante toda la década de los años 90 y tiene sus antecedentes en el final de los años 70 y su génesis en los años 80, lo que conllevó a la creación de una estrategia de una supuesta respuesta contraterrorista declarada por parte de Estados Unidos; por ello, no es sorprendente la política comenzada para derribar no solo a Sadam, sino a su estructura de poder y establecer un gobierno pro-norteamericano que vele por sus intereses y no por el pueblo árabe; todas estas políticas norteamericanas fueron la principal causa para desestabilizar Oriente Medio; la ONU no actuó en su defensa".

Esta sería razón suficiente para poder reformar esta política de hegemonía total del Consejo de Seguridad de la ONU, ya que al aplicar este criterio lógico normativo se debe seguir un largo proceso, al recomendar principios del artículo 2, para que luego se llegue a un acuerdo o iniciar la labor de mediación; y en los casos de conflictos bélicos, el Consejo procura un cese del fuego. Con un criterio praxeológico, se puede deducir que estos errores garrafales y de lenta aplicación han producido miles de muertes.

Hasta la aprobación de dicho proceso y al tomar en cuenta el parámetro ensayo-error, una simple deducción diría que, al haber inestabilidad mundial por uno o varios países e incluso debido a una organi-

107 Cepeda, F. (2013). La ONU y la guerra en Iraq, R*evista de Estudios Sociales de la Universidad de Los Andes*, Bogotá, Colombia, 1 (11) pp. 153-154.

zación terrorista, el Consejo de Seguridad, sin ningún tipo de ideales políticos, debería intervenir inmediatamente para prevenir genocidios y, con ello, garantizar la paz entre Estados.

Otro principio sin criterio lógico es el de la solución pacífica de las controversias. Al observar en estos últimos años el desafío y rebeldía constantes de Corea del Norte hacia sus vecinos y el resto de la comunidad internacional, se ha despertado una alarma en la ONU, puesto que el desarrollo de misiles balísticos internacionales y un líder tan prepotente e inestable, pueden generar un conflicto bélico nuclear.

El Consejo de Seguridad de la ONU, sin éxito, ha tratado de eliminar el programa de armas nucleares de Corea del Norte con sanciones poco efectivas y unas políticas tan blandas que, obviamente, estos gobiernos no van a acatar. La mayoría de sanciones se enfocan en las exportaciones, con el fin de no obtener la materia prima en la elaboración de armamento, lo que ha provocado un efecto contraproducente hacia los civiles de ese país, porque entre más contraigan la economía, al gobierno norcoreano no le importara el bienestar de sus ciudadanos con tal de crear más misiles. Ello comprueba la ineficacia de dichas políticas internacionales.

Varias ONGs han propuesto una intervención humanitaria en favor de los cientos de miles de norcoreanos que viven como prisioneros en su propio país, en donde el Estado vulnera derechos fundamentales de sus ciudadanos. A pesar de todo ello, la ONU sigue con el criterio lógico normativo de aplicación ineficaz, en vez de establecer nuevas políticas en base a la praxeología para una intervención eficaz.

El principio de la prohibición del uso de la fuerza es una de las mejores maneras en que un Estado puede aprovechar la ineficacia de este ente supraestatal para poder beneficiarse de los absurdos criterios lógicos que rigen a la normativa internacional.

Como se mencionó en el anterior capítulo, existe la posibilidad de que el país que en un comienzo fue agredido se convierta en el agresor, como en el caso del Estado de Israel. Según Luis Bosemberg[108], el 29 de noviembre de 1947, la Organización de las Naciones Unidas aprobó dividir a Palestina en dos estados.

108 Bosemberg, Luis E. (2009). El conflicto palestino-israelí. Una propuesta para la negociación, *Revista Internacional de la Universidad de Los Andes*, Bogotá, Colombia, núm. 69, pp. 142.

Los palestinos, junto con sus aliados de los países árabes, durante décadas quisieron invadir a Israel para poder recuperar Jerusalén y expulsar de su territorio que originalmente les pertenecía Todo ello conllevó a masacres que obligaron a dos tercios del pueblo palestino a huir por temor a ser asesinados.

A pesar que las Naciones Unidas dieron el 50% a cada parte, en la actualidad Palestina posee apenas un 12% de su territorio histórico, Israel ha ocupado más del 30% de lo que originalmente establecieron en 1947. Se han emitido resoluciones sobre la conquista de Israel en ese territorio y el gobierno hebreo aplica una política de apoyo a los denominados "colonos judíos", quienes ingresan en viviendas palestinas junto a las fuerzas de seguridad y expulsan a sus habitantes.

La operación Pilar Defensivo desatada por Israel no solo ha provocado un genocidio, sino el rechazo de la mayoría de los Estados. Por el contrario, Estados Unidos justifica los bombardeos de su principal aliado, al alegar legítima defensa ya que la seguridad israelí se encontraba en peligro.

Prevalece la continua vulneración de los derechos de los palestinos a ingresar a sus sitios sagrados, porque la mayoría de esos lugares ahora están en manos de los israelitas.

En cuanto al principio de buena fe, el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, establece que todo tratado en vigor obliga a sus partes, pero además agrega que debe ser cumplido de buena fe, como expresa Francisco Grob[109], es evidente que los Estados que se comprometen al cumplimiento de un tratado deben actuar de buena fe. En el caso de la anulación en el Derecho Internacional Público del principio de buena fe, este orden jurídico caería por su propio peso.

Este principio de la Buena Fe está ligado a la prohibición del abuso del derecho, el cual tiene lugar cuando un derecho es utilizado de mala fe, es decir cuando está en contra del ordenamiento jurídico establecido.

La prueba más efectiva en la transgresión de este principio, es que algunos Estados, al invocar el derecho internacional o la Carta de la

109 Grob-Duhalde, F. José. (2011). Perspectiva de la Convención de Viena de 1969, *Revista de Derecho Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. 1 (26), pp. 37-38.

ONU, aplican el derecho a la legítima defensa. En el instante en que lo ejecutan, no se sujetan a los parámetros establecidos por la ONU y pueden ocurrir casos de exceso de legítima defensa. Aquí prácticamente el país agredido se convierte en agresor ya que no actuaría conforme a lo establecido con el artículo 51 de la Carta de la ONU.

Algunos gobiernos musulmanes y progresistas cuestionan las acciones que emprendió Estados Unidos en contra de Afganistán luego de los atentados del 11 de septiembre del 2001, en que el Consejo de Seguridad de la ONU autorizó el ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva. Estos gobiernos, que cuestionan la operación avalada por la ONU, consideran que se han presentado excesos al ejercer este derecho y más bien se han lesionado los derechos humanos en Afganistán.

Finalmente, es importante señalar al Derecho Internacional Público como un orden praxeológico que surge del producto de la interrelación subjetiva entre Estados, guiados por las categorías de acción, fin, valor, medio, etc.

Esta rama del Derecho es praxeológica por la reiteración de comportamientos no intencionados, en este caso de los Estados que velan por sus propios intereses, correlacionándolo con los demás países, descubren los mejores mecanismos para interrelacionarse entre sí de manera pacífica. En este capítulo se ha demostrado una vez más la poca relevancia e ineficacia que tiene la ONU, cuando se presentan casos que generan desestabilizaciones a la paz mundial.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente establecido, resulta que los principios generales del Derecho Internacional Público, si bien están estipulados en una normativa que supone es de cumplimiento para todos los países con el criterio lógico que ha permitido la elaboración de los mismos, deben tener un criterio metajurídico por toda la amalgama y subjetividad que conllevan, especialmente en el Consejo de Seguridad de la ONU en la toma de decisiones para ejecutar las políticas correctas en las relaciones interestatales, en la medida que les sea posible.

El alcance jurídico de todos estos principios, ha sido de poca o nula trascendencia en la resolución de conflictos interestatales porque siempre han de imperar los intereses de las superpotencias. Esta fal-

ta de fuerza legítima por parte de Naciones Unidas al basarse en una ideología de carácter lógico occidentalista fracasa al no considerar el carácter praxeológico de los hechos suscitados hasta la actualidad en reformar la Carta de Naciones Unidas; por ello ha provocado una inseguridad jurídica en todo este ente internacional.

Algunos países, al establecer los principios fuera de lo estrictamente jurídico encima de la normativa tipificada en el artículo 2 de la Carta de Naciones, cambiarían el paradigma de lo que actualmente dicta la normativa internacional, puesto que serían argumentos y metáforas que se utilizarían cuando existan vacíos legales para el beneficio de todos los pueblos y culturas del planeta.

La ponderación sí resulta ser un método efectivo al dictar un criterio valórico que encuentre un punto de equilibrio con los principios en choque en la resolución de una disputa internacional, con la condición que se sigan ciertos parámetros para la eficacia del mismo, ya que si solo se aplica un solo principio para solucionar el caso es totalmente ineficaz como lo citado en el capítulo número 2.

Para finalizar, el Derecho Internacional Público es praxeológico, por la reiteración de comportamientos no intencionados de las relaciones interestatales que los Estados, al velar por sus propios intereses, lo correlacionan con el de los demás países, para descubrir, mediante el ensayo-error y la constante actualización de la normativa internacional, los mejores mecanismos para interrelacionarse entre sí de manera pacífica. En este capítulo se ha demostrado, una vez más, la poca relevancia e ineficacia que tiene la ONU, cuando se presentan casos que generan desestabilizaciones de la paz mundial.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bogdandy, A.V. (2011). Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional, México, UNAM, 2 (1).

Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 29 (2).

Bosemberg, L. E. (2009). El conflicto palestino-israelí. Una propuesta para la negociación. *Revista Internacional de la Universidad de Los Andes*, Bogotá, Colombia, 69.

Carrera, J. (2015). Argumentación, principios y razonabilidad. Díkaion de la Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia. 33 (4).

Cepeda, F. (2013). La ONU y la guerra en Iraq, *Revista de Estudios Sociales de la Universidad de Los Andes,* Bogotá, Colombia, 1 (11).

Cianciardo, J. (2014). Principios del Derecho Internacional Público: Entre la racionalidad y la irracionalidad. Díkaion de la Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia, 23 (1).

Conejero-Roos, C. (2016). La constitución y el arbitraje internacional: ¿Hacia un nuevo lenguaje? *Revista Chilena de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales*, Santiago, Chile, 1 (7).

Corredor-Higuera, A. (2012). *Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del Derecho Internacional Público*. Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, 14 (27).

Cuestas-Zamora, E.J. (2015). La mediación y los buenos oficios en la resolución de conflictos internacionales. International Law: *Revista Colombiana de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Javeriana*, Bogotá, Colombia, 1 (26).

Enchaszadeh, A. P y Espinosa, M. (2014). *Soberanías heridas de muerte, Estados llenos de vida*. Utopía y Praxis Latinoamericana de la Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela, 19 (66).

García-Jaramillo, L. (2009). Reseña de "El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho" de Carlos Bernal Pulido. *Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario*, Bogotá, Colombia, 11 (2).

Gordillo-Pérez, L. (2012). *Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU*. Estudios constitucionales de Chile. Santiago, Chile, 10 (1).

Grob-Duhalde, F. José. (2011). Perspectiva de la Convención de Viena de 1969. *Revista de Derecho Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, 1 (26).

Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y monismo Jurídico. Hacia una nueva perspectiva del Derecho Internacional. *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia,* Bogotá, Colombia, 1 (26).

Hermosa Mantilla, H. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 de Naciones Unidas. Universitas, *Revista de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana*, Cuenca, Ecuador, 1 (20).

Hernández Villalobos, L. y Manasía Fernández, N. (2015). Conflictos internacionales: Medios de solución y Derecho Internacional Humanitario, *Revista Frónesis,* 12 (3).

Isler Soto, E. (2011). La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores. *Revista de Derecho Valdivia de la Universidad Austral de Chile*, 24 (2).

Jiménez Cano, R. M. (2013) Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México,* Distrito Federal, México, 39, octubre, 2013.

Larroucau - Torres, J. (2017). La praxeología y los hechos sustanciales controvertidos. *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago, Chile, 44 (1), 2017.

López-Vallés, S. & López Cárdenas, C. M. (2014). Aproximación a la regulación de la mediación en el Derecho Internacional Privado y el Derecho Europeo. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes*. Bogotá, Colombia, 1 (12).

Marqués-Rueda, E, (2011). El acto y crimen de agresión en el derecho internacional público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Distrito Federal, México, 9 (1).

Montoya-Sánchez, M.A & Salinas-Arango, N.A. (2016). La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 15 (30).

Monzón, J.M. (2013). La filosofía del neocolonialismo originario en las políticas imperialistas latinoamericanas. *Revista VIA IURIS de la Fundación Universitaria Los Libertadores*. Bogotá, Colombia, 1 (15).

Pérez, J., (2015). El Derecho Internacional Público y sus connotaciones. Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, 22 (3).

Restrepo, J.C. (2013). La globalización en las relaciones internacionales: Actores internacionales y sistema internacional contemporáneo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, Colombia, 43 (119), pp. 32-35.

Rojas., M. A. (2010). Los principios bioéticos en los principios constitucionales. Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 5 (9).

Romero, S. (2013). Teoría de los principios jurídicos. *Ius et Praxis de la Universidad de Talca*, Talca, Chile, 19 (1).

Roncagliolo-Benítez, I., (2015). El principio de no intervención: Consagración, evolución y problemas en el Derecho Internacional actual. *Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca*, Chile, 21 (1).

Torrecuadrada García, L. (2012). La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Problemas y posibles soluciones. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Universidad Nacional Autónoma de México,* Distrito Federal, México, 13 (1).

Valencia Restrepo, H. (2017). La definición de los principios en el Derecho Internacional contemporáneo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, Colombia, 37 (106).

Vautravers-Tosca, G., (2011). La relación entre el Derecho Internacional Público y la política exterior, el caso de México, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 9(1).

Velázquez-Elizarrarás, J.C. (2012). Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México,* Distrito Federal, México, 12 (1).

Velázquez, J.C. y García, E. (2015). Globalización y Derecho Internacional en la primera década del siglo XXI, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* UNAM, 15(1).

Recibido: 20 de enero de 2018

Aceptado: 2 de mayo de 2019

Franklin Barriga López: Investigador jurídico

Correo electrónico: dbarri2010@hotmail.com

La anterior actividad ilícita de lavado de dinero en el Sistema jurídico ecuatoriano (año de referencia 2014)

The previous illicit activity of money laundering in the Ecuadorian legal system (reference year 2014)

Jennifer Elizabeth Lara Alvear
Investigadora Jurídica Estrativa Cía. Ltda. Quito

Ab. Eduardo León Micheli, Mgtr.
Docente titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 225-239, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el lavado de activos es una actividad ilícita que ocurre cuando una persona denominada lavador, toma bienes muebles o inmuebles, dinero o títulos valor de procedencia ilícita y los introduce dentro del sistema financiero, otorgándoles una apariencia legal. Estos bienes por lo general provienen de una actividad ilícita previa, como el narcotráfico, la venta de armas, la corrupción; de manera que el autor del delito busca introducirlos en el sistema económico de manera limpia realizando transacciones como inversiones, negocios, compra de bienes raíces y demás actividades que reflejen licitud en el giro del negocio.

PALABRAS CLAVE: lavado de activos, actividad, ilícita, previa, bienes

ABSTRACT: money laundering is an illegal activity that occurs when a person known as a washer takes movable or immovable property, money or securities of illicit origin and introduces them into the financial system, giving them a legal appearance. These assets usually come from a previous illicit activity, such as drug trafficking, arms sales, corruption; so that the perpetrator of the crime seeks the climate in the system of the distant economy, doing business as investments, business, purchase of real estate and other activities that reflect the lawfulness in the business

KEY WORDS: money laundering, activity, illegal, prior, assets.

INTRODUCCIÓN

El lavado de activos es un término que se usa para referirse a determinadas actividades y transacciones, de donde se obtienen fondos ilícitos, los cuales deben ser ocultados dentro del sistema financiero y social, de modo que frente a entes de control tengan una apariencia licita y que se consideren obtenidos de manera legal, conforme a la normativa ecuatoriana.

El presente artículo tiene como finalidad abordar aspectos relevantes del lavado de activos, como es la actividad ilícita previa de la cual surgen los activos y si esta es la terminología adecuada para emplearse respecto del delito fuente. Además, explicar el contenido del lavado de activos, mediante un análisis jurídico bajo la perspectiva del sistema ecuatoriano, al establecer el bien jurídico protegido y los medios de la carga de la prueba. Finalmente se abordará sobre la proporcionalidad de la pena del lavado de activos.

1. LA ACTIVIDAD ILÍCITA DEL LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de activos, a lo largo de los años se ha dado con el fin de ocultar bienes o dinero que ha sido proveniente de actividades ilícitas como el narcotráfico, venta de armas, tráfico de personas, corrupción, etc. Este delito principalmente ha sido ligado con el narcotráfico, de manera que en los años setentas en Estados Unidos, nace y se populariza este término como la traslación del inglés "money laundering", que hacía referencia a la cadena de lavanderías que existían para invertir el dinero proveniente de la venta de heroína colombiana, con el fin de mezclar los fondos lícitos e ilícitos.

Las actividades previas o los delitos fuentes, para que sean causa del delito de lavado de activos, tienen como elemento principal la ilicitud, de no configurarse este elemento, no se podría hablar de lavado de activos. En países como Chile y Colombia se han realizado una lista taxativa, referente a los verbos rectores que determinan los delitos previos que constituyen el lavado de activos; la legislación española también ha seguido este criterio.

La doctrina ha clasificado a los delitos fuente de tres maneras:

- Amplio, el delito previo es cualquiera que sea doloso.

- Intermedio, el legislador determina la gravedad de la comisión de determinados delitos.

- Restringido, el delito previo es tipificado en la ley, se caracteriza como delito idóneo porque constituye el objeto material.

En el año 2000, se realiza la Convención de Palermo, en donde la ONU amplía el catálogo de delitos precedentes de lavado de activos, y propone en su artículo 6º la penalización de otras conductas, como por ejemplo: (i) la conversión o la transferencia de bienes, conociendo que esos bienes son producto del delito, cuyo propósito es ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante para que eluda las consecuencias jurídicas de sus actos; y (ii) la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.(Correa, A.; Eluchans, E.; 2010)

Los autores de este delito son organizaciones delincuenciales que manejan grandes sumas de dinero, provenientes de sus actividades ilícitas, estas deben ser ocultadas ante el régimen legal económico, ya que las instituciones financieras, determinan un monto de transacción, si este sobrepasa debe ser declarado su origen. De esta manera se descarta que podrían ser un riesgo en el sistema bancario, ya que el banco cumple con la Codificación Superintendencia de Bancos, Libro Primero Tomo III, Art. 5 literales c, d y h, tiene como obligación conocer sobre las transacciones que cada cliente realice.

Para ocultar el dinero dentro del sistema económico y confundir el dinero ilegal con el legal, se realizan tres pasos, primero alejar al dinero del delito, es decir las ganancias obtenidas son transferidas de manera inmediata para realizar una segunda actividad, que consiste en ocultar el dinero a través de un negocio legítimo, del cual ni autoridades ni controles económicos y legales tengan sospecha; por ultimo de la inversión realizada generará ganancias continuas, con la diferencia que estas si pueden ser justificadas. (SEPRELAD, 2011)

El delito previo o la actividad ilícita anterior al lavado de activos, es un delito del cual se obtienen fondos ilícitos que requieren ser justificados dentro del sistema financiero legal, como en el caso del narcotráfico, se obtiene dinero de la venta de droga, si el valor de la venta es elevado, no puede ser ingresado en el sistema bancario, puesto que requerirá de una justificación, motivo por el cual deberá ser fraccionado y destinado a negocios aparentemente legales.

Lavado de Activos en la doctrina

Debido a la importancia del lavado de activos dentro de la sociedad, la Organización de las Naciones Unidas, en la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, han planteado que el lavado de activos es la pieza fundamental para el desarrollo de actividades criminales, puesto que permite de manera hábil el desplazamiento de dinero en las instituciones financieras. (OEA: Organización de los Estados Americanos, 2017)

Autores como Cano (2001), han definido al lavado de activos o de dinero, precisando que es la actividad que encubre el origen de los fondos que se obtienen mediante actividades ilegales; sin embargo, marca una distinción entre ambas, determinando que el lavado de dinero proviene netamente del narcotráfico, mientras que el lavado de activos es la apariencia legal que se da a recursos de origen ilícito.

El objetivo que tiene esta actividad ilícita es dar una apariencia legal a los bienes del lavador, de manera que los titulares de dichos bienes, puedan disfrutar o utilizar bajo un régimen económico legal, que no levante sospechas; ya que caso contrario realizar esta actividad no tendría sentido. (ASMAT)

El Lavado de Activos es un fenómeno criminal muy complejo, que produce daños tan significativos, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento y que se encuentra vinculado directamente con el delito previo que le precede, ofrece muchas dificultades al momento de probar su origen delictivo. (Fleitas, 2009, p. 149)

De manera sucinta, se puede definir al lavado de activos, como el producto de una transacción financiera mediante la utilización de bienes provenientes de un delito de cualquier forma, cuyo propósito es

cometer otro delito con el fin de esconder el origen del dinero, a su dueño o evitar un requisito de registro de transacción de efectivo o también para cometer una ofensa tributaria al esconder nuevamente el efectivo"; es así que esta actividad puede ser realizada de manera directa o a través de un delito medio.

Para cometer este delito se requiere que exista un proceso. Hernández (2002), menciona tres pasos a seguir:

a) Colocación física de la moneda en el sistema financiero, en esta primera fase el lavador realiza un análisis del sistema financiero, distinguiendo instituciones financieras como bancos, cooperativas, casas de cambio, etc., que tengan un control más flexible respecto de las operaciones que realizan sus clientes, para de esta manera ingresar sus fondos ilegales dentro del sistema bancario.

   Además, consiste en desprenderse de manera material de fuertes sumas de dinero, de procedencia delictiva, sin ocultar la identidad de su titular, o hacerlo por interpuesta persona. Existen varias formas de ocultar el dinero, una de ellas es la colocación en el circuito bancario de manera fraccionada, a través de transacciones determinadas, con el fin de despistar obligaciones de reporte a la institución financiera; otra forma es a través de las empresas fantasma; o inversión en una empresa, de manera que los fondos se mezclan y resultan difíciles rastrear dentro de la contabilidad.

   Esta etapa presenta un alto nivel de detección en sus transacciones, debido a que se realizan múltiples operaciones a través de varias personas, lo cual genera un mayor riesgo.

b) Diversificación, estratificación o intercalación, consiste en desvincular los fondos ilícitos de su origen, a través de un sistema de encadenamiento de transacciones financieras. Estas transacciones tienen como fin ocultar el origen de los bienes ilícitos previamente colocados, se lleva a cabo mediante varias transacciones financieras o similares, difíciles de dar un seguimiento, como es el caso de las transacciones electrónicas o distribución del dinero, evitando así la persecución por parte de las autoridades de control.

   Dentro de esta etapa existen tres mecanismos fundamentales:

b.1) Conversión del dinero en efectivo en otros instrumentos de pago, a través de este mecanismo se busca primero, facilitar el transporte de los recursos de un país a otro; y, además ingresar estos fondos dentro de entidades financieras.

b.2) Reventa de los bienes adquiridos con dinero en efectivo, los lavadores de dinero, se dedican a la adquisición de bienes, de manera que al venderlos les dota de aparente legalidad.

b.3) Transferencia electrónica de fondos, mediante este mecanismo se realizan operaciones en paraísos fiscales o países donde cooperan contra la prevención del lavado de activo, aprovechándose de la globalización financiera.

Esta etapa implica el movimiento de fondos dentro del sistema financiero, empleando una serie de transacciones complejas que creen confusión el momento de inspecciones documentales por parte de organismos de control.

c) Integración, etapa final del proceso en la que se busca integrar la riqueza obtenida dentro de la economía oficial, dificultando la detección del origen de los recursos provenientes del ilícito. Este dinero obtenido puede convertirse en bienes muebles o inmuebles, inversiones aparentes que resulten ser ajenas a la captación de dinero ilícito.

Dentro de esta etapa el Grupo de Acción Financiera, ha destacado los métodos más utilizados:

c.1) Venta de inmuebles, va desde la simple compra de bienes residenciales o de negocios sin ocultar la identidad de su propietario hasta la compleja inversión en bienes inmuebles.

c.2) Empresas pantalla y prestamos simulados, se realiza a través de la denominada “técnica del préstamo de regreso”, en la cual el delincuente se presta recursos para justificar el dinero. Dentro los préstamos simulados se utilizan sociedades pantallas que operan en paraísos fiscales, otorgándose préstamos generándose a través de la actividad delictiva.

c.3) Complicidad de banqueros extranjeros, el Grupo de Acción Financiera (GAFI), mediante un estudio ha determinado que existe complicidad por parte de funcionarios de la banca.

c.4) Falsas facturaciones de comercio exterior, a través de estas se da una sobrevaloración de facturas de diversas transacciones comerciales, utilizadas para justificar los fondos provenientes del extranjero.

Finalmente, García Cavero (2015), añade un último paso;

d) Conductas Periféricas, son aquellas que engloban los actos de almacenamiento, transporte o transformación que se hacen al margen del sistema económico lícito. Como periféricas también se entiende la transformación del activo ilícito, dentro de los circuitos legales, como es el caso de denominación de los billetes de alta denominación, en lugares con mucho flujo de dinero.

   Estas conductas facilitan el cometimiento del lavado de activos, debido a que generan condiciones idóneas para llevar a cabo cada una de estas fases.

Las fases del lavado de activos, se ven comprometidas dentro del giro del negocio, debido a la transnacionalidad de este delito, es decir a su amplitud e interrelación existente entre redes a nivel internacional, ya que las transacciones que realizan las organizaciones delincuenciales son amplias y no se limitan a determinado territorio, puesto que su estrategia es operar principalmente en paraísos fiscales debido a la falta de control que operan en dichos países.

1.1. Lavado de Activos en el Código Orgánico Integral Penal

En Ecuador el delito del lavado de activos ha sido tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, Libro Primero Infracción Penal, Sección Octava Delitos Económicos articulo 317 y subsiguientes, en el cual determina que el lavado de activos puede cometerse de manera directa e indirecta, además es considerado como delito autónomo, ya que para ser sancionado no requiere que exista investigación o condena previa por otro delito; finalmente en el artículo se establece una lista de verbos rectores que determinan el delito.

Dentro del Derecho penal se establece que el acto para configurarse delito debe cumplir con características dogmáticas, es decir tiene que ser una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. (Navarrete, 2015). Estas características van de la mano con los elementos comunes del tipo penal.

En los elementos comunes del tipo penal, es necesario identificar a los sujetos, que son de dos tipos: el primero conocido como sujeto activo, que es quien comete el delito, este puede ser calificado o no, si es calificado va a determinar las características específicas del autor del delito; si es un sujeto activo no calificado puede tratarse de cualquier persona, sea natural o jurídica. En el caso del Código Orgánico Integral Penal, no establece un sujeto activo calificado, por lo tanto, puede ser realizado por cualquier persona.

El segundo sujeto es denominado sujeto pasivo y conocido también como víctima, es sobre quien recae la acción del delito, determinada por los verbos rectores que detalla el Código Orgánico Integral Penal, puede ser cualquier persona natural o jurídica o el Estado. Este sujeto estará determinado por el sistema económico que se vea afectado.

Dentro de los elementos del tipo se establece la conducta típica, que trata sobre las modalidades del delito. La Convención de Viena, ha establecido dos formas, la primera hace referencia a los actos de conversión y transferencia; y la segunda a la receptación patrimonial, que provenga del delito de tráfico de drogas. Dentro de la legislación ecuatoriana el Código Orgánico Integral Penal, es claro en determinar el delito del lavado de activos, a través del articulo 317 numerales 1,2,3,4,5,6.

El lavado de activos se encuentra tipificado de manera expresa, de manera que para comprobar y realizar un análisis de la imputación del delito, se debe tomar en cuenta los verbos rectores y de esa manera constatar si el sujeto activo, adecua su conducta a lo tipificado en el artículo que lo regula, de esa manera se puede aplicar la sanción correspondiente.

El objeto material del delito, es sobre quién o que recae la acción, como el dinero, bienes, ganancias. La Convención de Viena, ha definido cuales son los bienes que incorpora el lavado de activos, entre estos encontramos corporales e incorporales, muebles o inmuebles, tangibles e intangibles; y los instrumentos legales que acrediten la propiedad de dichos bienes. (García, 2015, p. 99). Los activos existentes o producto de estos delitos, no solo tiene relación con los bienes de procedencia delictiva, sino también se los incluye a los provenientes de cualquier ilícito.

Dentro del tipo subjetivo, el lavado de activos es un delito que se comete con dolo, es decir el autor es consciente del acto y tiene la voluntad de realizarlo, en este caso el lavador de activos sabe que el mo-

mento que coloque bienes, dinero o títulos valor dentro del mercado, lo hace con el fin darles una apariencia legal.

Han existido discusiones sobre el delito de activos para determinar si es culposo o no, la doctrina ha concluido que existe culpa cuando una persona conoce y no comunica sobre las operaciones sospechosas que un determinado sujeto o una organización realiza, se le sanciona por haber incurrido en una falta de responsabilidad, en tanto que debía haber comunicado al órgano o institución correspondiente para que detecte y prevenga el cometimiento del lavado de activos, por tal falta se le puede incriminar como cómplice.

Al lavado de activos, se le puede determinar como un delito de consumación instantánea con efecto permanente; en el caso ecuatoriano hablamos de consumación instantánea debido a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra tipificado de manera expresa la conducta típica, con su sola actuación puede llegar a concretarse; y respecto del efecto permanente es por la voluntad del autor que busca mantenerla en el tiempo.

La intervención delictiva del lavado de activos, en muchas ocasiones puede resultar difícil de determinar debido a que se debe considerar primero si es cometido por una persona o por una organización; si es cometido por una persona se debe tomar en cuenta si ha sido participe directa del delito o si ha intervenido como participante en alguna de sus fases; si se determina que el autor del delito es una organización, se debe recurrir a una autoría mediata, de manera que se castigaría a los dirigentes de la organización.

El Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 317 tipifica la penalidad del lavado de activos, clasificando el grado de la pena de acuerdo con el agravante, es así como:

a) Para el primer caso la pena mínima será de uno a tres años para los casos en los que los objetos del delito sean inferiores a cien salarios básicos unificados del trabajador en general;

b) De cinco a siete cuando la comisión del delito no tenga como objetivo delinquir;

c) De siete a diez años cuando el objeto de delito sea igual o mayor a los cien salarios básicos unificados del trabajador en general;

mediante la utilización de compañías o empresas legalmente constituidas o se realice a través de instituciones del sistema financiero o de seguros, instituciones o cargos públicos.

d) Finalmente, la pena mayor que será aplicada es de diez a trece años, en los mismos casos que el segundo inciso, con la diferencia de que el monto del objeto supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

A través del lavado de activos, se pueden identificar que existen varios elementos que analizar, uno de esos es la afectación que sufre el sistema económico de un país, debido a que, al movimiento de grandes sumas de dinero a varios sectores del país, este puede generar más empleo y crecimiento económico; pero no se puede dejar de lado el daño social que este puede generar, debido al incremento de delincuencia organizada, aumento de consumo de estupefacientes, bienes jurídicos que la legislación debe proteger a través de sus normas.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL LAVADO DE ACTIVOS

Cervini , citado por (Galain, 2015, p. 331), "sostiene que el bien jurídico tutelado es la preservación del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía, particularmente los de tipo abierto: financieros y bursátiles". Conforme a esta definición y a los elementos del tipo penal de lavado de activos, este es un delito que afecta a las operaciones licitas que se dan en un mercado financiero.

El lavado de activos como ya se ha mencionado, afecta a la economía de un país, por el hecho de poner en circulación dinero o bienes ilícitos dentro del mercado; a más de causar daños en este sector también trae consigo consecuencias sociales, que son difíciles de determinar, puesto que no podrían ser castigadas por la conducta, sino más bien por el resultado.

Algunos puntos de vista doctrinarios han determinado que el lavado de activos no representa un peligro para la economía de un país, sino que al contrario puede resultar beneficioso debido a que existe un incremento de dinero, y por lo tanto representa mayor recaudación de tributos, y mayor ingreso para la población.

Más allá que represente un incremento dentro del sistema económico de un país, se debe apreciar que el dinero o los bienes que entran en circulación no son legítimos, y que además representa lesivo dentro de la sociedad, porque existe un mayor incremento de criminalidad respecto de la actividad previa al lavado de activos, lo cual representa para el Estado un mayor esfuerzo en cuanto a la reducción de criminalidad, debido a que tiene que reforzar la seguridad.

En la doctrina se han planteado dos posturas para defender el bien jurídico protegido, primero, tenemos la postura uniofensiva, que plantea que en el lavado de activos se protege solo un bien jurídico; y luego está la postura pluriofensiva que considera que en el lavado de activos se protege más de un bien jurídico. (García, 2015)

Dentro de la legislación ecuatoriana el bien jurídico protegido del lavado de activos, se encuentra bajo la postura uniofensiva, debido a que en el tipo penal establecido se busca proteger el sistema económico, para de esa manera asegurar que los bienes provenientes de diversas operaciones son licitas y que no se está encubriendo ni colaborando con el crimen organizado.

3. MEDIOS DE PRUEBA IDÓNEOS Y CARGA DE LA PRUEBA

Montero citado por Ospitia (2018, p. 8) "la garantía procesal del principio de inocencia demanda que se demuestre la responsabilidad penal del agente en un debido proceso". En el lavado de activos es importante determinar cuál va a ser el medio de prueba que se va a tomar como idóneo para poder juzgar este delito, ya que se debe tener en cuenta la existencia de una actividad ilícita precedente.

Algunos doctrinarios, como Hinostroza (2009, p. 146), han establecido que existen dos posibilidades para constatar el medio de prueba, la primera es a través de la comisión del delito fuente una vez que se ha obtenido sentencia condenatoria, pero que esta sea independientemente del lavado de activos; ya que esta debería servir de prueba para juzgar el delito final, en este caso el lavado de activos.

La segunda posibilidad es que el juez que conozca sobre el lavado de activos, determine a través de la prueba indiciaria que se ha cometido el delito, por lo que no será necesario que exista un debido proceso, práctica de la prueba ni la sentencia condenatoria.

Para el caso del lavado de activos es necesario tomar como medio de prueba la actividad ilícita anterior o al delito previo, porque en base a estos podemos conocer cuáles han sido los bienes obtenidos, que han servido de objeto ilícito para cometer el lavado de activos, sin estos elementos se pondría en duda la existencia del delito; ya que se puede tratar de un incremento patrimonial justificado y más no de una actividad ilícita.

El momento en que el lavado de activos es juzgado, el juez debe valorar la prueba en función de los indicios, comportamiento del autor respecto del delito fuente, ya que su cometimiento resultaría agravante dentro del lavado de activos y no debería ser juzgado como un delito autónomo del lavado de activos.

En Ecuador la Unidad de Análisis Financiero del Ecuador, es la encargada de la prevención y detección del lavado de activos, esta institución junto con Fiscalía, representan al Estado en la audiencia de juicio, son quienes tienen la carga de la prueba, es decir les corresponde probar que el acusado ha estado realizando operaciones financieras con bienes ilícitos.

Una vez determinada la carga probatoria, el juez tiene que evacuar la prueba y deliberar sobre los argumentos que las partes han dado, con el fin de aplicar una pena que en su medida sea justa, para esto debe aplicar el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal en función del principio de proporcionalidad.

4. CONCLUSIONES

La proporcionalidad es un principio constitucional propio de un Estado de derechos, el cual consiste en aplicar a un delito una pena que no sea exagerada o irracional; esta aplicación se realiza con el fin de prevenir una conducta típica, que contravenga el ordenamiento jurídico, tiene como tal un fin social que busca la abstención de los individuos de la sociedad para que no cometan actos que se encuentran prohibidos.

En líneas precedentes se ha mencionado que, en el caso ecuatoriano, el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, ha tipificado la pena para el delito de lavado de activos, lo que aquí cabe preguntarse es si esa pena es proporcional o no.

La proporcionalidad de la pena del lavado de activos, es tomada en cuenta primero desde el punto de vista económico, por lo que se establece una base respecto el monto del delito, en el caso ecuatoriano corresponde a sí es inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena será de uno a tres años; si supera los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena será de diez a trece años; también la pena es aplicable de acuerdo con el sujeto activo, es decir si es cometido por instituciones o sujetos de entidades públicas, y finalmente si el objeto del delito presupone la asociación para delinquir.

Bajo estos parámetros se debe aplicar el principio de proporcionalidad del lavado de activos, pero está quedando en el olvido un aspecto importante la actividad ilícita previa. Si bien es cierto en el sistema penal ecuatoriano se establece que el lavado de activos puede ser un delito autónomo o puede desprenderse de otros; si mencionamos que es autónomo la pena tipificada estaría adecuada para ser aplicada; pero si hablamos que le antecede un delito, este debería ser tomado como agravante para el momento de juzgar el lavado de activos y se debería aplicar la sana crítica del juez.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cano, M. (2001). Modalidades del Lavado de Dinero y Actividades. Colombia: ECOE.

Correa, A., Eluchans, E., (2010). Lavado de Dinero y Blanqueo de Activos. Recuperado de: file:///C:/Users/JENNIFER/Documents/PROYECTO%204/Dialnet-LavadoDeDineroYBlanqueoDeActivos-%20Correa%20Eluchans.pdf

Chang, R. (2017). La teoría del delito en el lavado de activos. Recuperado de: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/5772_lavado_de_activos_27ago17_resumen_lima_norte.pdf

Fleitas, S. (2009). El bien jurídico tutelado en el Delito de Lavado de Activos su regulación en la legislación uruguaya.

Galaín, P. (2015). Lavado de Activos en Uruguay: Una Visión Criminológica.

García, P. (2015). El delito de lavado de activos. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Gonzales, J., Ponce, P., Rojas J., Villanueva B. (2011). Trabajo de investigación; Lavado de Activos. Recuperado de: https://onedrive.live.com/?cid=765A655535229339&id=765A655535229339%21135&parId=765A655535229339%21116&o=OneUp

Hernández, H. (2002). El Lavado de Activos. Recuperado de: file:///D:/conjur/descargas/mesicic4_repdom_libro.pdf

Hinotroza, P. (2009). El delito de lavado de activos: Delito fuente. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Navarrete, M. (2015). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tecnos.

OEA: Organización de los Estados Americanos. (17 de Septiembre de 2017).

Obtenido de OEA: Organización de los Estados Americanos: http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado_activos/framework_spa.asp

Ospitia, P. (2016). La actividad probatoria en el delito fuente del tipo penal de lavado de activos. Recuperado de: https://onedrive.live.com/?cid=765A655535229339&id=765A655535229339%21152&parId=765A655535229339%21116&o=OneUp

SEPRELAD. (2011). Recuperado de: http://www.seprelad.gov.py/biblioteca/5-sobre-el-lavado-de-dinero/13-concepto-y-origen-del-lavado-de-dinero

UNODC: United Nations Office On Drugs And Crime. (2019). Obtenido De UNODC: United Nations Office On Drugs And Crime: http://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DELITO/lavado-de-activos.html

Vaca R. (2011). El delito de lavado de activos en Ecuador. Quito, Ecuador: Impresoresmyl.

Recibido: 28 de enero de 2018

Aceptado: 29 de abril de 2019

Jennifer Elizabeth Lara Alvear: Investigadora Jurídica Estrativa Cía. Ltda. Quito

Correo electrónico: jlara1003@hotmail.com

El Impacto de los Nuevos Medios de Comunicación en la Campaña Electoral: Un Análisis Jurídico y Comunicacional

The Role of Social Networks in Electoral Campaigns: a legal and communicational analysis

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Profesor titular en la Universidad de Los Hemisferios, Facultad de Derecho

Artículo Original (Investigfación)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 241-259, ISSN 2588-0837

RESUMEN: El presente artículo analiza cuál qué papel juegan las redes sociales y los buscadores en Internet en la campaña electoral, para ver qué regulación tienen y cuál es la que debería tener. En buena parte el método usado es descriptivo-analítico, aunque —sobre todo al final— se hacen algunas propuestas. Se describe la realidad jurídica y comunicacional no solo del Ecuador, sino de otros países como Estados Unidos, Francia, India o Australia. Además se examina más en profundidad el caso del buscador de Google, de las redes de Facebook, Twitter, YouTube y WhatsApp, y su influencia en la creación de tendencias y de "burbujas de convicciones". Si finaliza con seis conclusiones que indican cómo la antigua legislación hecha para regular el uso de los medios tradicionales de comunicación social en campaña electoral no siempre sirve —e incluso está excluida en Ecuador, según una sentencia de la Corte Constitucional— para regular los medios digitales. Aún así, cabrá siempre aplicar los principios generales del derecho de la información.

PALABRAS CLAVE: Redes sociales, derecho de la publicidad, derecho de la información, fake news, burbujas de convicciones.

ABSTRACT: This article reviews the role played by social networks and internet search engines in the electoral campaign. Current regulations and the regulations that should exist have are analyzed. The method used is largely descriptive-analytical, which allows certain proposals to be made, especially at the end. It describes Ecuador's legal and communicational reality regarding this issue as contrasted with other countries such as the United States, France,

India and Australia. The case of Google and of the social networks—facebook, twitter, youtube and whatsapp—and their influence on the creation of trends and "conviction bubbles" is examined in greater depth. The six conclusions indicate how the old legislation created to regulate the use of traditional social communication in the electoral campaign is not applicable—and is even excluded in Ecuador, according to a Constitutional Court ruling—for digital media or media platforms. Even so, the general principles of the right to information must always be used.

KEY WORDS: social networks, advertising law, information law, fake news, conviction bubbles.

INTRODUCCIÓN

Es frecuente ver cómo en las campañas electorales circula un gran número de noticias en las redes sociales, no solo poco contrastadas, sino falsas, que crean una opinión pública poco fundamentada. El tema de las *fake news* y de su circulación en las redes sociales es un tema especialmente álgido en democracia y su análisis jurídico no es sencillo. Hay que entender bien la tecnología para poder hacer consideraciones jurídicas sobre ella, hay que entender bien el derecho para poder aplicarlo a las nuevas tecnologías.

Por eso, iniciaré con este análisis haciendo unas consideraciones iniciales desde el punto de vista jurídico, para después citar varios ejemplos de otros países que me parecen muy interesantes en la materia y sacar algunas conclusiones. En concreto, primero hablaré de la normativa nacional, que regula sobre todo los contenidos de los medios de comunicación tradicionales: prensa, radio y televisión. Luego entraré a ver cuál es el rol que juegan los buscadores de información y las redes sociales en la campaña electoral. En esta segunda parte tocaré el tema de las *fake news* y de los esfuerzos que se hacen para combatirlas.

1. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS COMUNICACIONES POLÍTICAS

1.1. La regulación nacional y los nuevos medios de comunicación

En comparación con otros sistemas jurídicos, la regulación ecuatoriana muestra tener una injerencia muy grande en temas electorales. Se regula la financiación, la forma de pautaje, los montos y tiempos al aire permitidos en el período electoral en los medios tradicionales, especialmente en la televisión, la radio, la prensa escrita y las vallas publicitarias. Por otro lado, se prohíbe a las instituciones públicas realizar publicidad (aunque el reglamento a veces no es tan fiel a la norma).

Sin embargo, nuestra legislación dice poco sobre el tema de las redes sociales o sobre los aspectos digitales. En realidad, observamos que las normas vigentes no están pensadas para los nuevos medios de comunicación, y cuando se aplican sus disposiciones a ellos se producen varias inconsistencias. Al respecto, resulta muy importante tener en cuenta lo dispuesto en una jurisprudencia de la Corte Constitucional que justamente analiza el art. 22 del Código de la Democracia, el mismo que dice:

> Ley Orgánica Electoral (Código de la Democracia), Art. 207, inc. 5.– 48 horas antes del día de los comicios y hasta las 17h00 del día del sufragio, *queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información* dispuesta por las instituciones públicas, así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, *en todo tipo de medios de comunicación*, que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral; la realización de mítines, concentraciones o cualquier otro acto o programa de carácter electoral (...) [las cursivas son mías].

¿Qué debería suceder con todos los partidos políticos que publicitan sus propuestas en una página Web? ¿Deberían suspender el sitio durante esas 48 horas? Al respecto la Corte decidió declarar la constitucionalidad condicionada del Art. 207, inc. 5. en estos términos:

> (...) se debe excluir de dicha expresión a los nuevos medios de comunicación, por los cuales, los particulares tienen derecho a transmitir ideas, opiniones, o información de interés nacional en referencia al proceso electoral, garantizando entonces el pleno ejercicio de la libertad de expresión.

> Sin embargo, en consonancia con la argumentación expuesta con anterioridad, los medios de comunicación tradicional deberán abstenerse de publicar o difundir publicidad electoral, opiniones o imágenes que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral, por nuevos medios de comunicación, estando obligados a verificar los comunicados, opiniones o información que reciban por estos medios antes de su publicación, con el objetivo de garantizar el derecho a sufragar de todos los ciudadanos.

La Corte Constitucional es clara al decir ha de excluirse de aplicar dicha norma a los nuevos medios de comunicación. En el fondo, nos está diciendo que la ley no aplica a estos nuevos medios porque no era ese el fin del legislador y porque no corresponde a su naturaleza tal tipo de disposiciones; es decir, ellos deberían estar sujetos a una regularización jurídica especial, pues no es lo mismo enviar un WhatsApp que poner un "periodicazo" o un titular en primera plana que quita crédito a un candidato.

Es muy distinto el contexto comunicativo en todos estos casos. De ahí que algunas normas traten el tema de forma diferente.

El Reglamento cita algunos artículos, justamente el Código de la Niñez, en el que se precisa que no se pueden utilizar a los niños y adolescentes para propagandas electorales. La Constitución también dice algo acerca de la discriminación, el racismo o la violencia. Los artículos referidos son los siguientes:

> Reglamento para la participación de organizaciones políticas, art. 25.- Contenido de la Publicidad Electoral.- Los contenidos de la publicidad electoral deberán cumplir lo establecido en el artículo 19, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador; en el artículo 331, numeral 7 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia; y, en el artículo 52, numeral 2, del Código de la Niñez y Adolescencia. La violación de estas normas será de responsabilidad exclusiva del proveedor que la transmita o publique; y, se sancionará de acuerdo con la ley.
>
> Constitución, art. 19, inc. 2.- Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

> Código de la niñez y ad., art. 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe: (...) 2. La utilización de niños y niñas o adolescentes en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso; (...)

> Ley Orgánica Electoral (Código de la Democracia), Art. 331.- Son obligaciones de las organizaciones políticas: (...) 7. Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda; (...)

Muchas de estas normas relacionadas con el derecho de la información hoy tienen su paralelo en la recién reformada Ley Orgánica de Comunicación, que comentamos in extenso el año 2014[110].

En ese comentario, mencionamos que la información se rige por unos principios generales del derecho comunicacional[111] que en buena medida fueron recogidos en el articulado de la Ley, donde encontramos explícita o implícitamente los principios de objetividad/contextualidad, relevancia, integridad, claridad, belleza, precisión, coherencia, veracidad, autenticidad, pluralidad y honestidad operan de diversa manera. No poca gente se opuso a la positivización de estos principios, por considerar era imposible exigirle a todo comunicador que cumpla con tan altos estándares informativos; quizá esta fue la razón por la cual la reforma del año 2019 derogó el reconocimiento de varios de estos principios[112]. Desde luego, lo que se derogó —cuando se derogó algo— solo fue el texto positivo, pero no lo razonable del principio que siempre mantendrá su vigencia y fundamento a nivel doctrinal.

En todo caso, por ser generales a toda la comunicación, estos principios también deben aplicar a la comunicación electoral. Acerca de estos principios, y de su aplicación gradual en los diversos contextos comunicativos, hablaremos a continuación.

---

110 Cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (ed. y autor) (2014). *Régimen de la Comunicación*. Quito: CEP.

111 Sobre estos principios, cfr. Bell Mallen, I., Corredoira y Alfonso, L. & Cousido, P. (1992). *Derecho de la Información*, t. I. Madrid: Colex.

112 Especialmente se derogaron los principios deontológicos contenidos en el Título II, Capítulo I de los "Principios", art. 10, ex Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Comunicación (Ley 0, R.O. Supl. 432 de 20-II-2019).

1.2. La aplicación gradual de los principios en los diversos contextos comunicativos

Para determinar el alcance jurídico del mensaje comunicacional, es necesario analizar cada mensaje en particular, atendiendo con especial cuidado a los elementos que naturalmente se dan en toda comunicación, que básicamente son: el emisor, el receptor, el mensaje y el contexto comunicativo en que se emitió. No cabe tratar igual dos comunicaciones, sin considerar el contexto en el que se dieron. Citaré un par de ejemplos muy sencillos (ejemplos fuera de la política, a efectos de evitar la polémica) donde resulta evidente que los principios de objetividad, relevancia, etc. operan de diversa manera.

No puedo exigirle el mismo grado de veracidad al mensaje artístico que al emitido por el cronista de la ciudad. Se trata de dos ámbitos distintos. Algunos principios en el contexto artístico pesan más que otros, como el principio de belleza, principio que no podría exigirse en otros contextos comunicativos. Por otro lado, es claro que se puede mentir si estoy jugando a póker: este juego presupone una cierta mentira, sin la cual simplemente no hay juego. Cada contexto comunicativo es distinto, y a cada uno se han de aplicar los principios que le son específicos, con mayor o menor fuerza.

El segundo ejemplo es el del juez. Si un juez no dice la verdad en sentencia, si se equivoca al juzgar, le van a seguir juicio por error judicial. Su responsabilidad en el tema de la verdad es mucho más alta que la de un periodista o de un investigador. El juez —y especialmente el juez penal— tiene el deber de decir la verdad y, para cumplir tal deber, tiene a su disposición una gran cantidad de competencias y medios para encontrar la verdad: puede obligar a los testigos a que comparezcan para que declaren, puede repreguntarles, comparar las pruebas, etc. No así los periodistas, ni los investigadores, que tienen un deber de veracidad algo más atenuado. En consecuencia, el principio de veracidad debe gradarse y adecuarse a cada contexto comunicativo.

Toca ahora preguntarnos cómo aplican estos principios al mensaje político. Hemos de partir de que cada persona tiene derecho a ser parte de un partido o de otro, a adoptar una ideología o de otra[113]. Esto

113 Cfr. Constitución de la República del Ecuador, arts. 98-117; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros muchos.

se fundamenta en buena medida en el derecho a la libertad de pensamiento y de opinión consagrado en tantos pactos y constituciones.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no se puede pedir una claridad o precisión absoluta cuando los candidatos solo tienen derecho a hablar 10 segundos en la televisión. ¡Es imposible! Pero sí que se puede exigir aquí un grado mínimo de claridad, de objetividad y de veracidad, entendida en términos clásicos. San Agustín definía la mentira como *locutio contra mentis:* no se puede hablar contra lo que uno sabe que es mentira. Esto sí se puede exigir a cualquier persona[114], y mucho más en el campo de la comunicación política: nadie puede mentir para ganar votos.

Además tenemos el principio de autenticidad, que es aquel por el cual las personas están llamadas a mostrarse tal como son, sin engañar al electorado. Una persona "auténtica" es aquella que se muestra tal como es. El principio de honestidad exige transmitir mensajes honestos, de manera honesta, sin embaucar, sin fraude. Ambos principios han de exigirse en la campaña electoral.

Repárese que en casi todos los países democráticos la jurisprudencia ha señalado que las autoridades públicas y muchas de las que gozan de cierta fama, tienen "recortado" un poco su derecho a la imagen, al buen nombre y a la intimidad. Y esto porque en democracia cualquier ciudadano debería poder opinar, con una cierta libertad, sobre la cosa pública, sobre cómo gobiernan las autoridades, sobre todo aquello donde hay un interés social.

Es lógico que haya más libertad de opinión en el campo político. En el campo de la investigación esta libertad podría estar más recortada, porque no las opiniones deben someterse a la prueba científica, y mucho más recortada estará en el campo de las sentencias, porque se tienen que cumplir a rajatabla otros principios.

La libertad es un gran valor. Por conseguirla ha muerto mucha gente en la Revolución Francesa y en muchas otras batallas. Es bueno que exista a la libertad de expresión en todos los campos de la informa-

114 Es casi la doctrina de la real malicia norteamericana, consagrada en el célebre caso *New York Times versus Sullivan* en 1964, que solo prohíbe decir aquello que uno sabe que es mentira (y que se dice con la real malicia de ofender o causar daño a una autoridad pública).

ción. Sin embargo, esto no significa que no exista responsabilidad por los contenidos emitidos.

Ciertamente el pueblo tiene derecho a saber un poco más de las figuras públicas, lo que en la práctica significa un pequeño recorte en el derecho a la intimidad de estas figuras; se tiene derecho a opinar sobre ellas, e incluso a hacerlo con un poco de descaro y sin muchos matices (más derecho que si se tratara de opinar y auscultar a personas privadas). Pero, dice también la jurisprudencia extranjera, se trata solo de un cierto "recorte", no de una desaparición de su derecho a la intimidad, a la honra y a la imagen. Siempre conservarán aquello que se ha llamado "el núcleo duro" de estos derechos[115].

2. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS ELECCIONES

Veremos ahora cómo se desenvuelven las comunicaciones electorales en los nuevos medios, no solo del Ecuador, sino también en otros países del mundo como Estados Unidos, Francia, India o Australia. Examinaremos con más profundidad el caso del buscador de Google, de las redes de Facebook, Twitter, YouTube y WhatsApp, y su influencia en la creación de tendencias electorales, así como la noción de "burbujas de convicciones". Solo comprendiendo a fondo la nueva realidad comunicacional, podremos sugerir qué medidas debe tomar el derecho al respecto.

2.1. El rol de los buscadores en la campaña política

Varios académicos han analizado cómo las campañas electorales se han reflejado en los nuevos medios de comunicación, constatando el grado de influencia que las redes sociales han tenido en la votación final. Revisaremos algunos resultados obtenidos en estas investigaciones.

Un dato significativo es el que aporta el profesor Charles Cuvelliez, docente de la Escuela Politécnica de Bruselas. Después de revisar los comicios por la presidencia en varios países democráticos, observó

115 Un buen análisis jurisprudencial sobre el recorte de derecho en las figuras públicas se encuentra en Sánchez Ferriz, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 195-240.

que las elecciones se ganan con una diferencia de no más del 8% de los votos, y que en el caso de las últimas celebradas en EE.UU. en 2012, ese margen fue de apenas 3,6%. Por tanto, los electores indecisos tienen mucho peso, y el lugar que ocupa un candidato en Google puede terminar inclinándolos en un sentido o en otro[116].

El profesor Cuvelliez llegó a la conclusión de que los motores de búsqueda jugaban un importante rol en el posicionamiento de los candidatos. A raíz del estudio "Efecto de manipulación de los motores de búsqueda y su posible impacto en los resultados de las elecciones", donde se creó una herramienta de búsqueda similar a Google, llamada "Kadoodle".

Tras reclutar a tres grupos de voluntarios, que dejaron 15 minutos de investigación personal en Kadoodle sobre Tony Abbot y Julia Gillard (los dos candidatos al puesto de primer ministro de Australia en las pasadas elecciones de ese país). Kadoodle ponía en un grupo primero a Aboot, en otro a Gillard. La conclusión fue que la simpatía, la confianza y la intención de voto fluyeron en esa misma dirección.

Similar resultado se obtuvo en una muestra real, con la herramienta Google Trends y una muestra de votantes en los comicios para el puesto de primer ministro de la India. "Narendra Modi, el ganador sorpresa de esas elecciones, había dominado el ranking de Google con una presencia superior en un 25% a la de sus competidores durante los 61 días previos a las elecciones. ¿Ha contribuido Google, sin saberlo, al éxito electoral del sr. Modi?", se preguntó Cuvelliez.

Aunque habría que ver cuál fue el muestreo, cuántas veces lo repitieron, y otras cosas, esto nos da una pauta de cuánto pueden influir en las campañas electorales las redes sociales y las herramientas de búsqueda.

2.2. El rol de las redes sociales en la campaña política

Respecto al uso de las redes sociales, en la campaña de Estados Unidos, sabemos que Trump contó con más de 5 de millones de seguidores en Twitter y más de 650 mil en Instagram[117]. Con estos recursos su

116 Cfr. Le Monde (26-I-2016). *De l'influence de Google sur les résultats électoraux*.
117 Cfr. Meseger, J. (17-XII-2015). El Coliseo de la política espectáculo. *Aceprensa*.

campaña fue un boom. Aunque parezca muy caótica la campaña la de Donald Trump, en realidad fue muy pensada.

Tuvo mucha gente detrás pensando en cómo llegar al público y casi en tiempo real tenía el *feedback*: se iban dando cuenta cómo recibía el público cada frase suya. Si le agradaba al público, lanzaba más tweets en ese sentido; si no les gustaba —como en las series de televisión— se acababan ahí los tweets.

Sucedía igual que en las series: hay series larguísimas y hay otras que pretendían serlo, pero fueron cortadas de tajo al ver el escaso interés del público en su trama. Se puede constatar que en la campaña de Trump se presentaron varios rivales republicanos y cómo Trump se fue "bajando" a todos sus rivales. A Jeb Bush, cuando aún era un candidato sólido, le dedico 50 *tweets y retweets.* A principios de noviembre la tomó con Ben Carson, que estaba despuntando en Iowa. Y lo mismo hizo con Marco Rubio, otro candidato en alza.

2.3. El problema de las *fake news*

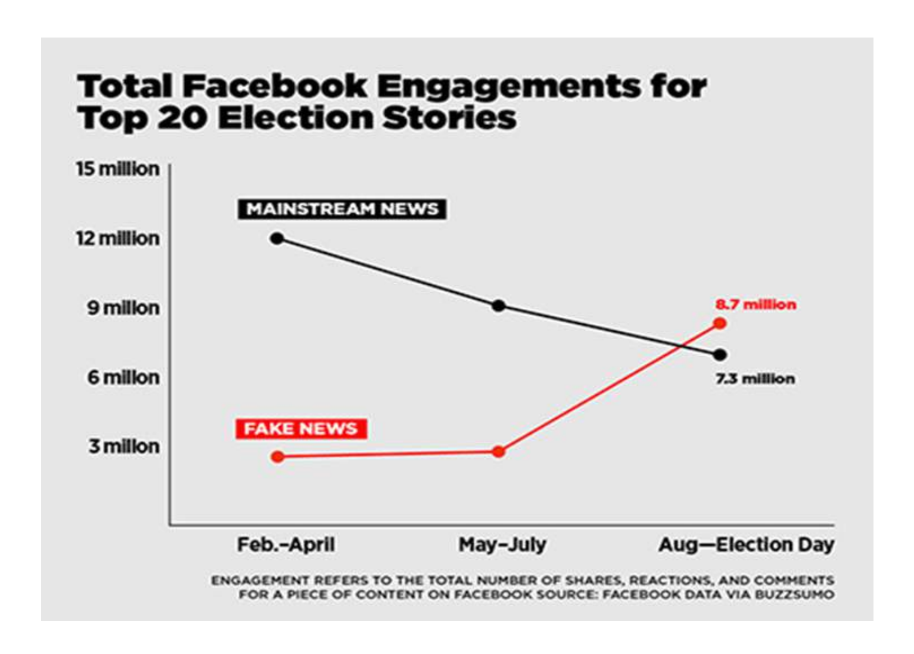
También se vio a adolescentes macedonios que de alguna forma ayudaron en toda su campaña presentando las *fake news* (noticias que son medio verdad, medio mentira o totalmente mentira). Sin embargo, siempre hay gente que termina engañada, al menos un porcentaje mínimo. Recordemos lo que dijimos antes: que las elecciones se deciden con pequeños porcentajes de diferencia.

El fenómeno de las *fake news* es especialmente importante en Estados Unidos, donde la gente suele ser más confiada; aquí somos latinos, más desconfiados, pero también suceden cosas parecidas. Un ejemplo de estas noticias falsas fue la que afirmó que el equipo de Clinton estaba involucrado en una red de pedofilia gestionada desde una pizzería de Washington DC.

La noticia de *Pizzagate* fue lo suficientemente creíble para que un joven armado entrase en un establecimiento con el ánimo de desmantelar la red. Incluso, un mes después de demostrada la falsedad, un 9% del total de votantes creía que era cierto y un 19% se mostraba dudoso[118].

118 Al respecto, cfr. Urmeneta, M. (20-II-2017). Lecciones verdaderas tras las "*fake news*. *Aceprensa.*

Una encuesta que se efectuó en una revista científica mostró que las *fake news* existieron en la campaña hasta el día de la elección en Estados Unidos. Un gran número de noticias verdaderas y falsas hasta el día de la elección. Hay un esfuerzo académico muy grande en el mundo para ver cómo solucionar el tema de las *fake news*. Uno de estos estudios arrojó los siguientes resultados, que aunque discutidos[119], dan alguna noción de lo que puede suceder en las campañas electorales:



Sin duda, el alto monto de noticias falsas hace que la gente se confunda. Por eso no extraña que se hayan creado varios organismos en el mundo como *PolitiFact* y *Factcheck* para contrastar que lo que están diciendo los candidatos o los políticos, o las fuentes de la información, sea verdadero. Tanto ha calado este movimiento, que estos dos organismos obtuvieron el premio *Pulitzer* y el *Webby* por sus esfuerzos.

119 Discutidos porque no es claro el parámetro con que se evaluaron como falsas algunas noticias opinables.

2.4. Las burbujas de convicciones

Quién tiene amigos en dos partidos opuestos fácilmente podrá constatar —es realmente sorprendente— que los chats de WhatsApp de cada amigo son radicalmente distintos: muestran dos versiones totalmente distintas de los mismos eventos políticos.

Sin duda estos chats influyeron muchísimo en la última campaña presidencial, donde cada bando acusaba al otro de publicar mentiras. ¿Quién tiene la razón? En los últimos años los investigadores de la comunicación se han interesado mucho en un curioso fenómeno que ha aparecido en las redes sociales: la creación de unas burbujas de convicciones muy grandes, que atraen a todos los que piensan igual. Sobre este tema se ha escrito mucho[120].

Clay Johnson señala que la gente está más animada por quien piensa igual, que por escuchar la versión contraria. "¿Quién quiere escuchar la verdad si puede escuchar que tiene razón?"[121] La gente no suele buscar a quien piensa lo contrario. Este curioso fenómeno de las redes sociales hace que las personas se reafirmen en sus convicciones y tiende a que consideren que la versión opuesta es la inventada.

Esto sucede en el mundo y tiene efectos incalculables. Últimamente, por ejemplo, se ha generado un movimiento que está respaldando la pedofilia. ¿Cómo se explica esto? Antes un pedófilo podía estar aislado, y sentirse único en su especie. Hoy a través de las redes se puede conectar con varias personas que piensan igual que él, y hace que termine reflexionando: "pero si yo pienso igual, a la final no soy tan raro".

En un planeta de tantos billones de habitantes un bicho raro siempre podrá hallar su igual. Y así se crea la mentalidad de partido y cualquier rareza se convierte en bandera de lucha. Es penoso, pero a mucha gente no le importa encontrar la verdad de las cosas, sino reafirmarse en sus propias convicciones. Sucede mucho en la política que quien tiene una opinión se hace amigo de quienes comparten su misma posición. Las redes afianzan este comportamiento. Se reciben con agrado y se tiende a dar más crédito a los mensajes de WhatsApp

120 Véanse, por ejemplo, los libros Pariser, E. (2012). *The Filter Bubble*. Londres: Penguin; Carr, N. (2010). *The Shallows*. New York: Ashland; Jaron Lanier (2011). *Contra el rebaño digital*. Barcelona: Mondadori.

121 Johnson, C. (2015). *The Information Diet*. Sebastopol: O'Reilly Media.

o a las “noticias” de Facebook que reafirman nuestro pensamiento, mientras se perciben con recelo las informaciones a favor del partido opuesto. Estas últimas se ven *prima facie* como falsas, inexactas o dudosas. Y si uno es bombardeado constantemente por noticias de un bando, lo que es cada vez más normal en las redes sociales contemporáneas, tiende cada vez a reafirmarse más y a encolerizarse más con la posición contraria.

De esta manera las redes sociales, y especialmente las burbujas de convicciones que crean, tienden a encrespar más los ánimos de uno y otro bando. Por eso urge tanto, dicen académicos como Clay Johnson, educar a las personas para que sepan usar las redes sociales, para que disciernan la veracidad de los contenidos que reciben, para que sepan que no todo post de Facebook, ni toda fuente, tiene la misma fiabilidad.

3. EL DERECHO FRENTE A LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL ESCENARIO ELECTORAL

Según vimos en al inicio de este trabajo, es palpable cómo la regulación de la comunicación electoral se ha quedado desfasada con los nuevos adelantos tecnológicos y con la nueva problemática que se suscita en este campo. ¿Qué hacer? ¿Aumentar la regulación estatal o incentivar a los privados a que mejoren los estándares comunicacionales?

La doctrina mayoritaria ve con malos ojos darle poder al gobierno para controlar más detalladamente las redes y comunicaciones. ¡Esto sería volver hasta tiempos anteriores a la Revolución Francesa! ¡Sería darle más poder al gobernante de turno para controlar la verdad política en las elecciones! Paradigmático en este campo han sido las reformas a la Ley Orgánica de Comunicación que reformaron más del 75% de los artículos de la ley, cuyo principal móvil fue el de garantizar la libertad de expresión[122].

122 Contrástese el Preámbulo de la LOC original, con el Preámbulo de la principal y más profunda norma reformatoria de la LOC del año 2019, que tuvo la acogida del Presidente de la República y del 90% de la Asamblea Nacional. Esta última gran reforma pone todos los acentos en la libertad de expresión, invocando tratados a favor de esta libertad e incluso la Declaración de Chapultepec, suscrita por el por Presidente de la República el mismo día en que las reformas se publicaron en el Registro Oficial (R.O. Supl. 432 de 20-II-2019).

Por eso quedaron insubsistentes las infracciones administrativas comunicacionales y la misma Superintendencia de Comunicación.

En cambio, se acepta más ampliamente como solución la autorregulación. En ese sentido algo se ha comenzado a hacer. Hace poco se realizó una alianza entre Facebook, YouTube, Twitter y Google, quienes —conscientes de su protagonismo en la red[123] — acordaron colocar en sus algoritmos de búsqueda algunos indicadores que hagan bajar de categoría a ciertas páginas que se han identificado como engañosas.

Pese a tan loables intenciones de estas grandes compañías, el algoritmo de la verdad no deja de ser discutido. Para algunos este implica una especie de colonialización de las ideas realizada por los grandes medios. Además, se ha observado que "un algoritmo, por definición, nunca será capaz de distinguir lo verdadero de lo falso" (Walter Quattrociocchi, investigador del IMT italiano).

En todo caso, nos parece que jurídicamente convendría que estos algoritmos se limiten a controlar las llamadas "verdades materiales": corrección de fechas, hechos indiscutidos, errores materiales, etc.

En el resto de cosas debería imperar la libertad y, según el aforismo, *in dubio pro libertate*. Además habría que dejar siempre la máxima libertad en lo referente a las cuestiones opinables.

Además del mencionado algoritmo, Google ha tomado otras medidas contra las noticias falsas[124]:

> **Mejora de la evaluación** de las búsquedas, en los experimentos de Google para refinar sus algoritmos. Las personas que valoran si los resultados son buenos han sido instruidas específicamente para detectar informaciones engañosas, resultados ofensivos, bulos y teorías de la conspiración.

123 Como se sabe, Google y Facebook concentran el 85% de toda la publicidad online a nivel global (datos del primer trimestre de 2016). Por tanto, son actores extremadamente importantes en las campañas electorales. También aparece Twitter como un gran actor, aunque con un poco menos de porcentaje.

124 Datos tomados del diario El País, "Algoritmo de la verdad" (datos recuperados el 10 de octubre de 2017 de https://elpais.com/elpais/2017/04/27/ciencia/1493306494_894344.html).

Opinión de los usuarios, que ahora pueden valorar y denunciar contenidos no adecuados en las sugerencias de búsqueda y en los recuadros destacados en los resultados. Google usará este feedback para mejorar sus algoritmos, y podrá intervenir manualmente en caso de errores garrafales.

Verificación de datos: una nueva etiqueta señala la veracidad de los artículos con información verificada por medios de comunicación y por organizaciones de *fact-checking*.

Por su parte, Facebook también está en la línea de implementar las siguientes medidas:

Contexto y educación: la última novedad son las noticias relacionadas, que aparecen en el muro de los usuarios a continuación de noticias que están siendo muy comentadas, para aportar otros puntos de vista. Facebook también ha lanzado en 14 países un tutorial para detectar noticias falsas.

Trabas al negocio para los productores de noticias falsas, que invierten en anuncios de Facebook y obtienen grandes beneficios con la multitud de visitas que reciben en sus páginas web.

Mejoras en el ránking: las noticias que los algoritmos de Facebook consideran sospechosas tendrán menor protagonismo en el muro de los usuarios.

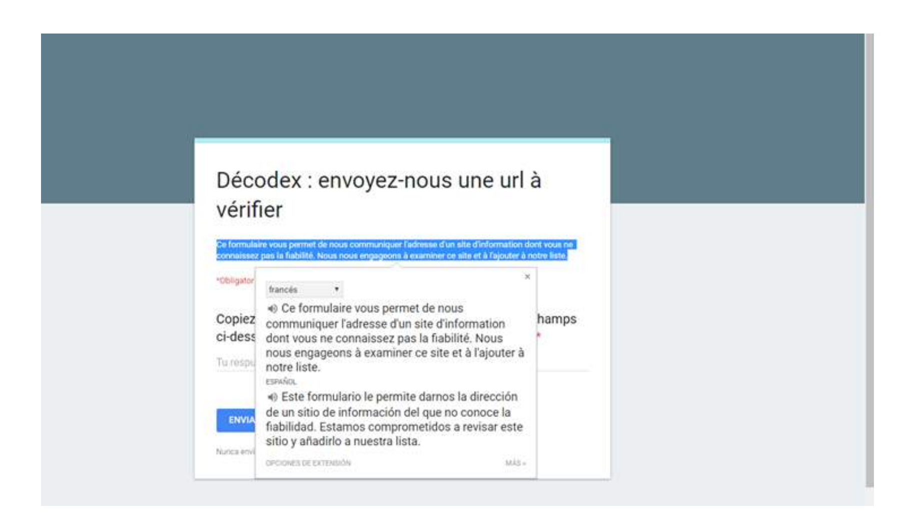
Denuncias de los usuarios: las noticias marcadas como falsas por múltiples usuarios también pierden protagonismo.

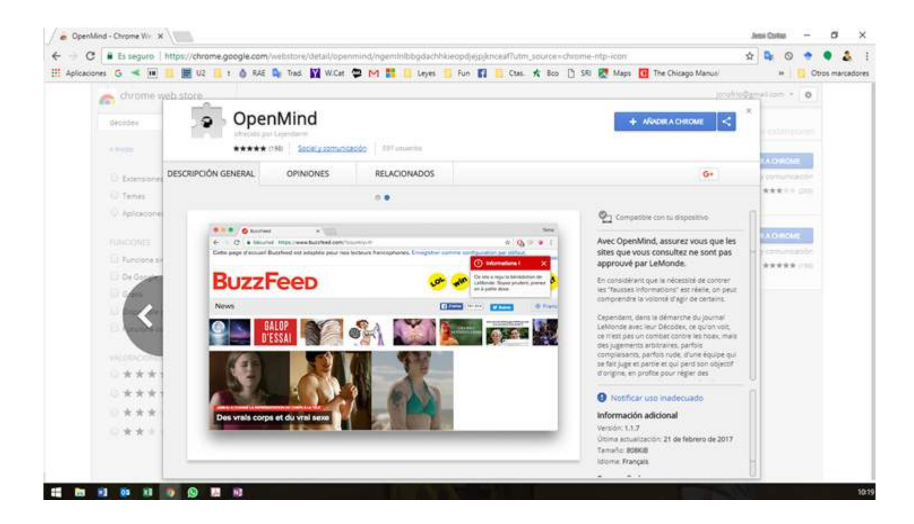
Verificación de datos: equipos externos de *fact-checking* señalan las noticias conflictivas. Los usuarios verán una marca y un enlace a la explicación de los verificadores; además, recibirán un aviso si deciden compartir esas noticias.

También, se han creado algunas otras herramientas que están de moda. Varios medios de comunicación en Francia se han unido en la cruzada del *Cross Check*: un movimiento que busca concretar la verdad en las redes de comunicación, para lo cual ha creado extensiones que se pueden instalar en navegadores como Chrome.

El botón que se instala en Chrome permite verificar si el sitio en el que navegamos es fiable y si posee información correcta. La herramienta de *Décodex* y de *OpenMind* contiene una base de datos de la fiabilidad de los sitios Web; es una especie de central de riegos para la comunicación.







4. CONCLUSIONES

De lo visto sacamos en claro al menos las siguientes ideas:

La regulación nacional relacionada con el uso medios de comunicación en campaña electoral ha sido elaborada pensando fundamentalmente en los medios tradicionales (prensa, televisión, radio, etc.). No aplica —sino raramente— a los medios digitales.

En uno y otro caso, deben aplicarse los principios generales del derecho de la comunicación (los principios de objetividad, relevancia, integridad, claridad, belleza, precisión, coherencia, veracidad, autenticidad, pluralidad y honestidad) distinguiendo en cada caso los diversos contextos comunicativos. Estos principios han sido consagrados explícita o implícitamente en la legislación nacional. Según cada contexto comunicativo, se podrá exigir más un principio que otro.

Los grandes medios de comunicación digital, donde están las redes de Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, WhatsApp y otras, así como el buscador de Google, tienen una responsabilidad jurídica cualificada en el tratamiento de la información electoral.

Ciertamente estas empresas no tienen una obligación de resultado de evitar las *fake news*. Un control semejante probablemente atentaría al derecho a la libertad de expresión y de opinión de la gente. Sin em-

bargo, parece que tienen el deber de poner los medios que la tecnología permita para evitar las "mentiras materiales" más burdas.

No conviene que las autoridades entren a controlar mediante la regulación los medios de comunicación digital. Sería especialmente pernicioso que en campaña electoral el partido que gobierna tuviera tal poder. Es preferible aquí incentivar la autorregulación.

En cambio, sí corresponde a las autoridades velar por la educación digital de las personas, para que sepan usar las redes sociales y para que aprendan a discernir la fiabilidad de los contenidos que les llegan.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código de la Niñez y Adolescencia, (2003). Registro Oficial 737.

Código de la Democracia, (2009). Registro Oficial Suplemento 578.

Constitución de la República del Ecuador, (2008). Registro Oficial 449.

Doménech, F. (2017). *Internet se rebela contra la dictadura de los logaritmos*, El País.

Paliser, E. (2011). *The Filter Bubble*.

Quattrociocchi, W. (2014). *Opinion dynamics on interacting networks: media competition and social influence*. IMT. Italia.[MG1]

Recibido: 5 de noviembre de 2018

Aceptado: 23 de abril de 2019

Ph.D. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba: Profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Los Hemisferios, Facultad de Derecho.

Correo electrónico: juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

Importancia de la Lógica en el Derecho

Importance of Logic in Law

Karla Fernández Procel
Investigadora jurídica

Artículo Original (Miscelánea estudiantil)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 261-281, ISSN 2588-0837

RESUMEN: desde la Antigüedad se evidencia un interés por el razonamiento. Con la aparición de la lógica en Grecia, entre los siglos VI y V a.C. y la escuela eleática, cuyo principal representante fue Parménides, se estableció uno de los axiomas de esta ciencia: el principio de identidad. Sin embargo, con pocos avances después de Aristóteles, especialmente durante la Edad Media, y a pesar del interés que muestra la Escolástica por el uso de esta herramienta racional, las innovaciones en la lógica quedaron estancadas por largo tiempo. Es a partir del final del siglo XIX y principios del XX, con el surgimiento de la lógica simbólica, desarrollada por pensadores como Frege, Peano, Russell y Whitehead, que esta disciplina adquiere un nuevo impulso que se despliega hasta la actualidad. La lógica jurídica ha fundamentado e identificado principios básicos que se vinculan de modo necesario con la aplicación del Derecho. En fin, se concluye que la interrelación entre lógica y derecho proporciona a éste una interpretación ajustada de la norma, asegura un buen proceso, y sirve como herramienta en la toma de las decisiones.

PALABRAS CLAVE: lógica jurídica, decisión judicial, razonamiento, límites, derecho.

ABSTRACT: since antiquity there is evidence of an interest for legal reasoning. With the emergence of logic in Greece, between the sixth and fifth centuries BC and the Eleatic school, whose main representative was Parmenides, it was established one of the axioms of this science: the law of identity. However, with few advances after Aristotle, especially during the Middle Ages, and despite the interest that Scholasticism shows in the use of this rational tool, innovations in logic remained stagnant for a long time. It is from the end of the

nineteenth century and the beginning of the twentieth, with the emergence of symbolic logic, developed by thinkers such as Frege, Peano, Russell and Whitehead, that this discipline acquires a new impulse that is deployed to the present. The Legal Logic has based and identified basic principles that are necessarily linked to the application of Law. Finally, it is concluded that the interrelation between Logic and Law provides the latter with an adjusted interpretation of the norm, ensures a good process, and serves as a tool in making decisions.

KEY WORDS: legal logic, judicial decision, reasoning, limits, Law.

INTRODUCCIÓN

La lógica constituye una herramienta para la aplicación y obtención de conocimientos dentro de cada ciencia. En ese sentido es un requisito para el desarrollo de ésta. Y, entre las disciplinas que han precisado de una particular utilización de la lógica cabe incluir al Derecho, como modo para la obtención de razonamientos jurídicos lógicos. La aparición de la lógica jurídica es consecuencia de las exigencias de las propuestas y soluciones en el Derecho. Con el fin de dotar de racionalidad, objetividad y justificación a los sistemas jurídicos, se ha empleado esta herramienta bajo diversas concepciones y contenidos, de modo que resulta oportuno estudiar la conexión que se da entre Lógica y Derecho (Bobbio, 1965).

En este sentido, esta artículo tiene como objetivo principal identificar la importancia del estudio de la lógica en el campo jurídico, siguiendo un proceso de recopilación y análisis bibliográfico que implicará la ponderación del valor de la lógica en manera general; posteriormente se explicará la relación de la lógica con el derecho; para determinar después cuál sea la utilidad de la lógica jurídica como herramienta para el derecho. Finalmente, se concluirá por afirmar la relevancia de la lógica para el derecho en su búsqueda de soluciones a los problemas de la convivencia humana enmarcados en las reglas que la ordenan. Por esto, la aplicación de la lógica es necesaria para un ejercicio ajustado del derecho. Particularmente, se estructurará el trabajo abordando: la definición de la lógica en general; lógica y derecho y, finalmente, la lógica jurídica.

1. DEFINICIÓN DE LÓGICA EN GENERAL

Para entender la relación de la lógica con el derecho, conviene advertir inicialmente la propia importancia de la lógica en general. Por "lógica" en la vida cotidiana se pueden dar varios significados; el sentido común, la orientación de grupos o la misma razón.

Los estudiosos, filósofos fundamentalmente en un principio, la lógica general tiene diferente acepción, pero no ha es fácil proporcionar una definición exacta. La lógica general es conocida como lógica aristotélica, lógica tradicional o lógica de los enunciados. Y es que fue Aristóteles quien le confirió el carácter de instrumento para la investigación y el conocimiento científico, con utilidad para las diversas ciencias (Cossio, 2011).[125]

En este sentido Moro, (2007) recuerda que, el término "lógica" proviene del griego *logos*, que significa palabra o expresión del pensamiento, porque la lógica ayuda a expresar los pensamientos de una manera racional. La Lógica aristotélica es concebida como ciencia y/o arte por diversos filósofos y lógicos. En efecto, el pensador y divulgador español Jaime Balmes indicaba en el siglo XIX que la Lógica es arte en cuanto prescribe las reglas para dirigir el entendimiento al conocimiento de la verdad y es ciencia al justificar o fundamentar dichas reglas. Autores recientes, como Belloch Ibarra y Tejedor Campomanes manifiestan que la lógica, como ciencia, estudia las formas generales del pensamiento (concepto, juicio y raciocinio) y como arte estudia las normas para pensar rectamente (Gramajo, 2010).

Pero, en el campo del conocimiento, existe más de un sentido para la lógica, según dos campos diferentes de estudio: la lógica material y la formal. Ambas forman parte del conocimiento, pero la primera se integra entre las ciencias de la epistemología y la metodología del conocimiento filosófico, mientras que la otra tiene como objeto par-

125 Asimismo, del aporte de otros autores como Delgado (2005) se desprende que fue Aristóteles fue el primero en ver la necesidad de un órgano o instrumento para llevar a cabo con éxito el trabajo científico y el estudio de las operaciones lógicas fundamentales: concebía una especie de "máquina lógica" para articular los razonamientos. La base elemental para construir los razonamientos lógicos es el concepto. El concepto hace posible el juicio, y el raciocinio como unión formal de juicios. Además de estas operaciones, existen otras, de menor trascendencia, como la definición, la división y la clasificación.

ticular el estudio de las formas de razonamiento y de los usos del lenguaje, con relación a su función de comunicación del conocimiento científico (Ordorica Hodgers, 2013, p. 1).

Una vez precisados los objetos de la lógica, es posible definirla con mayor facilidad: es una ciencia de los pensamientos y de las leyes; es también la ciencia de los pensamientos sobre los pensamientos, que hacen referencia a todos los objetos, cuyo objeto de estudio es el pensamiento; es el concepto formal que le da forma y estructura a los pensamientos. Así, en la actividad científica y filosófica en las que el hombre persigue el hallazgo de la verdad, es completamente indispensable la operación de la lógica que supone que el trabajo científico se someta a las leyes y normas de ella (Medina, Machado & Vivanco, 2018).

a. Utilidad de la Lógica

La lógica puede ser aprovechada en varios aspectos de la comunicación, de la toma de decisiones y del conocimiento humano, tanto en las disciplinas científicas, tecnológicas y, primordialmente, en todas las abstractas y de pensamiento (Delgado, 1979). Es decir, se aplica en todo aquello en que tenga importancia la actividad racional o el uso del razonamiento. Es una herramienta de la que no puede prescindir, particularmente, el jurista.

Claro que el razonamiento es una actividad natural del hombre y se lleva a cabo sin contacto con la ciencia, pero en ámbitos profesionales, técnicos, y de trabajo intelectual esa actividad ha de realizarse con un especial rigor. El jurista avezado acaba, así, por desarrollar una alta capacidad de razonar; un uso habitual de la lógica y una preparación fundamentada en el estudio le proporciona mayor eficiencia en la capacidad para razonar, independientemente de la mayor o menor aptitud natural (Gramajo, 2010).

Lo que interesa al lógico es la corrección del proceso de razonamiento, el estudio de los métodos y principios que distinguen el razonamiento correcto del incorrecto. Por este motivo, al encargarse del análisis de los razonamientos en un nivel conceptual, forma parte de las ciencias formales. La logica formal, es la que, según Schmill Ordóñez (1978, p. 56) refiriéndose a Kant, "encierra las reglas del pensar, absolutamente necesarias, sin las cuales no hay uso alguno del enten-

dimiento, y se dirige, pues, a él sin tener en cuenta la diferencia entre los objetos a que pueda referirse."

La lógica, en este sentido, tiene una amplia aplicación y varios beneficios. Si bien es cierto que existen personas con buena capacidad para razonar y argumentar, el estudio de la lógica ayudará a un mayor logro del razonamiento correcto y la identificación de paralogismos y sofismas. En base a esto se determina que la lógica ayuda a la verificación del razonamiento, que se podrá utilizar en la corrección de argumentos propios como en la identificación de errores de argumentos ajenos.

En términos resumidos, Ordorica Hodgers (2013, p. 4). identifica los siguientes beneficios del estudio de la lógica: desarrollo de habilidad para expresar ideas de manera clara y concisa; incremento en la capacidad de definir los términos que utilizan; aumento en la capacidad de elaborar argumentos en forma rigurosa; análisis de los argumentos críticamente y la razón se puede aplicar en todos los aspectos de las relaciones humanas. En base a esto se observa la importancia de la lógica no solo en el derecho sino en la vida diaria de cualquier persona.

b. Relevancia de la Lógica en general

La lógica es una herramienta importante para toda actividad racional, pero también en la vida cotidiana donde, de hecho, se usa de manera inadvertida. Esto permite concluir que para cualquier tema es necesario aplicar el conocimiento, o, si no se lo tiene, usar la lógica para obtener repuestas racionales que estén acompañadas de un conocimiento del tema. Pese a que no existe una precisión sobre lo que es la lógica, desde su aparecimiento ha sido una herramienta muy útil para el raciocinio en todos los ámbitos de la vida, no solo en lo jurídico. Es así como la Lógica brinda mayores beneficios a las personas que lo utilizan, porque mejora su razonamiento y las actividades que conlleven razonamiento.

El razonamiento permite que la vida se haga más llevadera y la disminución de actividades que vayan en contra de principios establecidos o de la ley. La lógica es una herramienta que todos deben utilizar e implementar en todas las ramas de la ciencia para obtener resultados más precisos (Maranhao, 2009, p. 230).

2. LÓGICA Y DERECHO

Una vez determinada la importancia de la lógica en manera general, es necesario establecer la relación que existe entre la lógica que investiga la relación de consecuencia que se da entre una serie de premisas, la conclusión de un argumento correcto (Newman, 2006) y el Derecho.

Kelsen (1965), en su ensayo *Derecho y Lógica*, indica que entre los juristas es común encontrar la opinión de que entre la Lógica y el Derecho existe una relación especialmente estrecha , porque es una cualidad especifica del Derecho la de ser lógico. Eso se observa en la relación mutua de las normas jurídicas que se ajustan o conforman a los principios de la lógica. Como indica la frase de F.W. Maitland, el gran historiador del Derecho inglés, en su *Introducción a los Yearbooks of Edward II*, "los juristas son mediadores entre la vida y la Lógica".

Esto quiere decir que en el Derecho se usan las normas que regulan la vida diaria en base a la lógica de cada juez; esta opinión indica que los principios de la lógica, especialmente el principio de contradicción excluida y la regla de inferencia, son aplicables a las normas jurídicas. Un ejemplo en el que se aplica el principio de la lógica al derecho es cuando existe un conflicto de normas y existe una situación en la cual dos normas son válidas y una prescribe una conducta específica mientras que la otra, una conducta incompatible con la primera.

Esto es considerado una contradicción lógica donde una es válida y la otra, inválida. Así lo confirma la regla *lex posteriori derogat priori,* principio de la lógica jurídica, estableciendo, de este modo, la relación de la lógica con el derecho (Alchourrón, 2000, p. 14).

La relación entre Derecho y Lógica se presenta a lo largo de la historia ya que con el pasar del tiempo siempre aparecen nuevas corrientes que permiten pensar de diferente forma y observar las diferentes tendencias filosóficas adoptadas por las Escuelas del Derecho. El progreso de la lógica y el ambiguo uso de este término es el motivo por el cual la apreciación de su utilidad y aplicación al campo del Derecho es cambiante.

Es necesario, así, observar las tres concepciones principales sobre la relación del Derecho y la Lógica: *ius naturalis moderno*, jurisprudencia de los conceptos y formalismo neokantiano (Schmill Ordóñez, 1978, p. 60).

Sobre el *ius naturalis moderno*, decimos que es semejante al estudio de la geometría y ve al Derecho como un sistema deductivo que a partir de la correcta actuación humana infiere el resto de las normas que rigen la conducta humana. Es decir, el actuar de una persona define claramente el comportamiento que tiene la comunidad en general.

El sistema jurídico se basa en normas inferidas de teoremas que fueron sucedidas por la Escuela Histórica del Derecho y su positivismo jurídico, que abandonó la idea de la legislación universal por la de un sistema legislativo cambiante; es decir que pese a estar normados internacionalmente es necesario que cada país maneje la forma de interpretar la norma lo que hace que en cada país se pueda tener una diferente interpretación sobre un mismo tema o norma. No obstante, la conexión entre lógica y derecho subsistía, no en la producción de normas sino en la aplicación de la ley.

El *ius naturalis* había creído poder reducir la actividad misma del legislador a un complejo de operaciones lógicas, circunscribiendo el nexo entre Derecho y Lógica al momento mismo de la formación del ordenamiento; el positivismo jurídico, que prevaleció en el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XIX, abandonó el momento de la producción –para expresarse con una fórmula sintética, aun cuando un poco burda- a las fuerzas irracionales de la historia y restringió el dominio de la lógica a un campo subordinado pero igualmente bien delimitado, y no obstante vasto e importante: el de la aplicación de la ley al caso concreto (Ordorica Hodgers, 2013, p. 4).

Esta concepción da origen a la teoría del silogismo jurídico que consiste en un razonamiento normativo, cuya premisa mayor está compuesta de una norma general; la premisa menor en los hechos y la conclusión en la norma específica, deducida lógicamente de las premisas. En base a la relación de la lógica y el derecho, a la lógica se le asignó el estudio de la relación y conexión de los conceptos, las normas jurídicas y el estudio de los postulados fundamentales, lo que significa una visión conceptualista y una rigurosidad en el derecho; con la lógica se podrá observar un concepto y establecer si es correcta o no la acepción que se da.

Según Hans Kelsen (1965), cuya conexión de la lógica y el derecho fue remplazada por el problema lógico del derecho, que dio paso de la ciencia del Derecho hacia la filosofía del Derecho, definió la función de la lógica: “Así como la Lógica tiene la tarea de ordenar ideas, busca

distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos, así el Derecho tiene la tarea de ordenar las acciones sociales, permitiendo distinguir las lícitas de las ilícitas (Ordorica Hodgers, 2013, p. 5).

Además, para Ordorica Hodgers (2013, p. 6) los neokantianos, entre ellos Kelsen, mostraron la conexión de la lógica y el derecho de una manera peculiar: "Lógica dentro de la filosofía del derecho, determinando la forma lógica del Derecho y elevándola a la categoría de trascendental o en la teoría general del derecho, como teoría pura, realizando la distinción entre ser y deber ser" (Ordorica Hodgers, 2013, p. 6).

Con las explicaciones de las anteriores corrientes del derecho, se observa las diferentes concepciones del concepto de lógica y su conexión con el derecho, que es cambiante ya que la objetividad, rigurosidad en el análisis, coherencia y racionabilidad de los sistemas jurídico son factores comunes para este cambio.

La lógica, como ciencia, constituye el instrumento formal básico y más importante para el estudio, análisis e interpretación de las normas que constituyen la columna vertebral del derecho actual, como también la lógica implica la única garantía de un debido proceso para lograr una buena y correcta sentencia procesal para crear jurisprudencia. Los lógicos participan en el desarrollo científico del derecho con el objetivo de lograr una justicia verdadera sin exclusión de ningún tipo. Por ello, los lógicos y epistemólogos tratan de desenterrar los supuestos lógicos en el derecho como el lenguaje, la semántica y sintaxis del mundo jurídico, así como los tratados doctrinarios o gnoseología, axiología, ética y ontología jurídica.

La lógica también trata de dilucidar y sistematizar conceptos filosóficos que se emplean en la ciencia del derecho, tales como los hechos jurídicos, principios, axiomas, paradojas, falacias, antinomias jurídicas, procesos, procedibilidad, preclusión, sistema social, causalidad, motivación, azar, hechos fortuitos, irresistibilidad, posibilidad, imposibilidad jurídica, verdad, criterio, opinión, prueba, carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, reinversión de la carga de la prueba, la analogía jurídica, la casación, el control de legalidad procesal, confirmación, revocación, explicación jurídica, etc.

a. Relevancia de la Lógica en Derecho

Los juristas prácticos (abogados, jueces, fiscales, etc.) razonan y argumentan a partir de las normas. De manera que la lógica puede servir de ayuda para realizar argumentos correctos en este ámbito y evaluar los argumentos de los demás. A esta perspectiva se le conoce como *lógica de los juristas*. Esto es algo muy importante porque permite ver si los argumentos son válidos o no, lo cual tiene gran relevancia al momento de un juicio y tomar una decisión.

La Lógica puede ser aplicada a las normas, cuándo dos normas están en contradicción o cuándo de una norma se infiere otra, etc. Esta perspectiva es la *Lógica deóntica* o *Lógica de las normas*. Si existiera una contradicción en las normas, se resolvería usando la lógica deóntica, porque es aquella lógica no clásica que define la norma y los enunciados normativos, diferenciándolos a su vez de las prescripciones y de los simples imperativos (Lagier, 2011).

La lógica es útil también para detectar algunos defectos del lenguaje normativo (ambigüedades sintácticas, ambigüedad semántica fundamentalmente) y proporciona instrumentos para evitarlos. De manera que puede ser una disciplina de apoyo para la técnica legislativa al detectar esos defectos en el lenguaje que un operador de justicia debe notar para que no afecte su decisión. Se entiende como ambigüedad semántica una palabra que puede tener varios significados como la palabra "derecho", con la que se designa un conjunto de normas, también una facultad o posición subjetiva.

La ambigüedad semántica coincide con la indeterminación no intencional de Kelsen, donde el órgano tiene que aplicar la norma cuando se encuentra con varios significados posibles. En el Derecho es muy frecuente utilizar el lenguaje técnico, pero ese lenguaje siempre va a ir de la mano con un lenguaje ordinario, ya que el lenguaje del Derecho no es del todo completo.

La ambigüedad es producida porque no se sabe con exactitud qué lenguaje es el que se utiliza, el común o el jurídico. Aquí se aplica la lógica para determinar en qué contexto se habla y especificar el significado que se le debe dar a dicho término para facilitar la toma de decisiones (Freund, 2005, p. 15).

Por lo tanto, la lógica proporciona una base para el análisis de los ordenamientos normativos, cuyo objetivo es determinar su carácter sistemático y además evaluar si contienen lagunas, redundancias y contradicciones.

b. Límites de la Lógica en Derecho

La lógica se ocupa exclusivamente del contexto de justificación, desde el punto de vista de la justificación externa desde una perspectiva formal y toma como criterio de corrección el principio de deducibilidad. De esta manera se configura el ámbito de la lógica y, por tanto, también sus límites:

La lógica no dice nada acerca del contexto de descubrimiento o de la explicación de los argumentos y no dice cuándo las premisas de un argumento son correctas. Solo dice en qué condiciones sí son correctas y, por lo tanto, se debe aceptar la conclusión. Pero un argumento con validez debe partir de premisas correctas, es decir si no se posee estas premisas correctas no se llegará a una conclusión verdadera y los jueces tendrán limitaciones para tomar una decisión correcta ya que no se tendrán la certeza que esos argumentos sean válidos.

La lógica se ocupa de aquellos argumentos en los que las premisas garantizan la conclusión, pero no se ocupa de los argumentos no deductivos, en los que las premisas pueden ser buenas razones para aceptar la conclusión. Obviamente, estos argumentos son fundamentales también para el Derecho, es decir si los argumentos no dan una premisa no se podrá obtener una conclusión veraz (Maranhao, 2009, p. 240).

c. Lógica y Decisión Judicial

El jurista se ocupa de concretar el significado de las normas jurídicas con el fin de determinar su alcance para casos concretos. Es el responsable de interpretar las normas y en base a esta tomar decisiones. Se destacan tres aspectos importantes a la hora de dictar una sentencia: en primer lugar, la actividad profesional de los juristas puede tener por objeto informar sobre el alcance de una norma jurídica, como el juez ya resolvió otros casos se consulta la forma en que interpreta dicho juez. En segundo lugar, los juristas pueden estar orientados a aplicar o intervenir en la aplicación de la norma a casos concretos. En

tercer lugar, la labor del juez es aplicar el Derecho a un caso concreto, con una explicación o una fundamentación del porqué toma tal decisión ya que esta no puede ser arbitraria y siempre debe ser apegada a la norma de Derecho. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión, así como la indicación del valor que se le asignó a los medios de prueba. La simple relación de documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán, en ningún caso, a la fundamentación.

Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa. La fundamentación de la resolución judicial es lógica cuando es congruente; las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben guardar entre sí correlación y concordancia, es decir, los juicios que contengan la fundamentación no deben oponerse entre sí, ya que si eso ocurre, se anulan automáticamente. Asimismo, la fundamentación debe ser concordante, es decir, a cada afirmación o negación debe corresponder uno o varios elementos de prueba determinados, de los cuales se pueda inferir esa conclusión. Por último, es verdadera si busca basarse en elementos de prueba auténticos y no en elementos inexistentes o falseados y, lo que es peor, contrarios a la ley.

Para Gramajo (2010), la lógica ayudaría a la toma de decisiones por esquemas formales. Por ejemplo, se debe partir de algo que indique la norma y posteriormente se deben observar los hechos específicos de cada caso para finalmente tomar una decisión, en este ejemplo, el primer enunciado se establece por el legislador en base a la norma que debe estar tipificada. El segundo enunciado son los hechos determinados de manera empírica por los encargados del caso como los fiscales, investigadores, etc., que atienden a ciertos procedimientos que la ley establece. El tercer enunciado sigue lógicamente a los dos anteriores, por lo tanto, para tener una conclusión veraz se deberá determinar si esta se desprende lógicamente de sus premisas.

La lógica, por lo tanto, implica el estudio de la relación de consecuencia y como tal le interesa básicamente la validez de los razonamientos. Para aplicar la lógica en la justificación de las decisiones judiciales hay que tener presente: la idea de argumento, ya que es importante considerar la relación que se da entre premisas y conclusión; tener en cuenta que los argumentos inductivos no siempre proporcionan bases suficientes para una conclusión; y tratar los hechos de manera adecuada.

Las dificultades que subyacen a la hora de tomar decisiones, si éstas se concibieran desde la perspectiva de la teoría de las decisiones racionales, remite al problema de cómo justificar la decisión que se toma. Si consideramos que la labor de juez es juzgar los hechos con base en la ley, y nada más. Este debe utilizar la lógica para que exista una mayor certeza de la decisión ya que es el encargado de resolver un acto concreto a través de la emisión de una decisión jurídica apegada al Derecho, la cual se respetará y ejecutará porque el Estado confiere la competencia al juez para que esto se cumpla.[126]

d. Lógica y Argumentos Jurídicos

Los argumentos jurídicos que realiza el juez pretenderán persuadir a las partes, que estas se den cuenta que por medio de sus argumentos pueden perder ya que los argumentos serán las premisas que pueden llevar a concluir algo que esté a favor o no de una persona. Argumentar es estructurar un pensamiento (García López, 2013). Para esto existen una serie de reglas ya que los argumentos tienen que ser razonables y servir para persuadir al destinatario. Antes se creía que argumentar era el clásico silogismo Aristotélico: premisa mayor, premisa menor y conclusión. Ahora, la sentencia es una suma de argumentos.

Hay "n" respuestas porque el razonamiento jurídico es práctico. Cuando una persona toma una decisión, siempre debe pensar en los otros caminos que posee y no solo ceñirse a uno, ya que como la interpretación en la actualidad es tan amplia esto también lleva a ver que existen múltiples caminos, pero, además de la interpretación o exposición de los argumentos, estos deben ser demostrados por sistemas de pruebas para así dar una mayor fuerza a los argumentos. El razonamiento jurídico es interpretación y valoración de cada persona que dicte una decisión, siempre apegada al Derecho.

Argumentar implica estructurar una secuencia coherente de pensamiento. Actualmente se analiza la premisa mayor y la menor para obtener una conclusión. Será externa cuando para validar (interpretar) se deba justificar la premisa mayor y la premisa menor con prueba (Ayazo, 1998, p. 11).

---

126 Pero al momento de dictaminar una sentencia, el juez deberá también fundamentar su resolución tanto en la moral y racionalidad, que indirecta o directamente hacen tome una posición acerca del juicio, lo que se reflejará en su decisión.

Las peticiones orales o escritas deben contener una explicación. Se debe considerar que la lógica jurídica juega un papel fundamental, al punto que algunos autores consideran a la lógica como la jurisprudencia generalizada. La argumentación, para desarrollarse, se alimenta de la lógica ya que sigue parámetros que la ayudarán a desprender una sentencia apegada al Derecho. Existen tres clases de lógica: la lógica formal, la dialéctica y la lógica no formal.

La lógica formal trata los argumentos como un encadenamiento de proposiciones, de tal manera que una de ellas (la conclusión), es consecuencia de las restantes (premisa). Para la teoría de la argumentación, en cambio, los argumentos son vistos no solo como una cadena de proposiciones, sino como una acción que se efectúa por medio del lenguaje. Para argumentar se necesita producir razones en favor de lo que se dice, mostrar qué razones son pertinentes y por qué rebatir otras razones justificarían una conclusión distinta. La lógica jurídica está constituida por la Lógica del Derecho, donde las normas deben tener una estructura y ordenamiento. En concordancia con la lógica, los juristas deben actuar en base a reflexión, razonamiento, argumentaciones y prudencia. Por otro lado, la argumentación jurídica abarca más que la lógica jurídica ya que los distintos aspectos del Derecho son estudiados desde varias perspectivas: formal, psicológica, política, filosófica, etc.

Existen varios elementos concordantes como el lenguaje, que es la expresión del juicio y permite una conexión coherente de conceptos. La argumentación jurídica utiliza la deducción, el procedimiento que parte de lo general a lo particular para obtener consecuencias lógicas y la inducción, que parte de lo particular a lo general es decir de los hechos a las conclusiones generales. La lógica es una de las herramientas que se usa mayormente en los argumentos ya que los ayuda en su composición. Estos deben ser la expresión del raciocino, cuyo fin es convencer. Utiliza la teoría en el dialogo o discusión, usa la deducción, inducción, análisis, síntesis, dialéctica y mayéutica (conocer a partir de interrogantes).

Para que la lógica pueda tomar como verdadero un argumento, este se debe componer de definición, división (separa las partes de un todo), sistema (hacer que un conjunto esté ordenado con sus componentes coherentes y solidarios entre sí) deben expresar raciocino y dirigirse a una persona para convencer.

Los juristas para la toma de decisiones toman en cuenta los argumentos y los analizan. Los argumentos son:

Por ejemplo, recurren al uso del *argumento a contrario*: es decir, se pretende inferir una conclusión a partir de una relación condicional entre dos proposiciones. Por otra parte, el *argumento jurídico por analogía*, que los juristas llaman también *argumento a pari o a simili* consiste en la aplicación de una norma prevista para un supuesto determinado a un supuesto distinto coincide con el primero en los aspectos esenciales. También, el *argumento por reducción al absurdo* si parte de una hipótesis y llega a un absurdo (en sentido estricto, a una contradicción lógica), esa hipótesis es falsa, lo que asegura la verdad de su contradicción (Lagier, 2011).

En conclusión, siempre existe relación entre la Lógica y el Derecho. A lo largo de la historia y debido a las diferentes corrientes que existen en el Derecho, la lógica influye en las tendencias filosóficas que estudian al Derecho. Pese a lo cambiante que es la conexión entre Derecho y Lógica, esta permite la interpretación de las normas, asegura un buen proceso, sirve como herramienta en la toma de las decisiones; sin embargo, tiene sus limitaciones que se superarán, en todo caso, con una buena interpretación de la ley por parte de los jueces. Uno de los ámbitos en el que la lógica ayuda al Derecho es cuando el jurista necesita argumentar, a partir de las normas, para llevar a cabo una sentencia, permitiendo que, cuando dos normas se contradigan, se pondere la más relevante: además ayuda a detectar defectos del lenguaje normativo.

Uno de los principales usos que se le da a la lógica es en la toma de decisiones, porque permite observar el alcance de las normas, es decir, interpretar las normas en base a la lógica y orientar la aplicación de estas para resolver un determinado conflicto. Además, ayuda a la toma de decisiones con esquemas formales, lo que significa que de premisas específicas verificadas se concluye una decisión verdadera a partir de la validez del razonamiento. La lógica es muy usada en los argumentos jurídicos ya que permite razonar y verificar su validez para tomar decisiones.

Es de gran ayuda para verificar la validez de los argumentos, su coherencia, si son razonables, claros. Estos ámbitos permiten evidenciar que el Derecho y la Lógica se encuentran en concordancia,

ya que la lógica le sirve como herramienta al Derecho para la toma de decisiones y el dictamen de sentencias.

Todos los jueces y personas relacionadas con esta rama deben aplicar la lógica para que así obtener mejores resultados.

3. LÓGICA JURÍDICA

El Derecho ha venido utilizando la lógica como herramienta desde hace mucho tiempo. El paso de sistemas jurídicos formalistas, rígidos, anclados en supersticiones y mitos a un Derecho que busca la equidad y la solución ponderada a los problemas de convivencia, ha venido facilitado por el desarrollo del razonamiento lógico jurídico. La lógica jurídica es un instrumento para el Derecho y se encarga de examinar, desde el punto de vista formal, las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos mentales de esas operaciones: conceptos, definiciones, juicios y raciocinios jurídicos.

Ha habido momentos históricos de especial relevancia para la Historia del Derecho, en que ha tenido protagonismo la forma de confeccionar el razonamiento jurídico, como ocurrió en el esplendor de la Edad Media con el nacimiento del Derecho Común, y en especial con las escuelas jurídicas a partir de los comentaristas. Y, en la época siguiente, en el siglo XVII, el racionalismo jurídico sería el que generaría, con el tiempo, el modo de pensar en el que se formaría la idea codificadora. En el siglo XX ha resurgido la lógica jurídica, con perspectivas diferentes.

Actualmente, se distinguen dos tipos de lógica: la de los juristas y la Lógica del Derecho. La primera estudia el raciocinio de los juristas, mientras que ésta analiza la estructura de las proposiciones normativas. La lógica jurídica se constituye como una ciencia auxiliar del Derecho, método de investigación aplicable a un área del conocimiento jurídico.

La lógica jurídica es una lógica material, y sus reglas principales se encuentran en la lógica formal. La disciplina lógica jurídica cuenta como método de investigación con la razón; el empleo de un lenguaje simbólico permite el conocimiento jurídico, del que se infieren resultados perfectos y razonamientos exactos para una buena toma de decisiones (Cossio, 2011).

Como explica Gramajo (2010), Klug define la lógica jurídica como la teoría lógico formal de las reglas que se emplean en la aplicación del Derecho. Asimismo, subraya que la lógica jurídica es aplicada intuitivamente por los jueces en los razonamientos de sus sentencias, pero, según considera, en ningún momento llega a ser aplicada de manera reflexiva.

a. Principios universales de la Lógica y su paralelo con la Lógica jurídica

Existen unos principios que la lógica descubre en el razonar y que también en el Derecho adquieren especial interés para sus argumentaciones (Toranzo, 1972). Entre ellos, cabe indicar: el de identidad, identidad del imperativo, identidad de lo lógico jurídico, el de no contradicción, tercero excluido y el de razón suficiente.

a) *Principio de identidad:* cuando un concepto, idea u objeto son siempre idénticos, su característica o naturaleza no varían en el tiempo, se deriva de la verdad y validez objetiva de la estructura ontológica de los objetos.

b) *Identidad del imperativo:* todo mandato en que lo mandado es exactamente idéntico a lo que se realiza, es decir se obedece lo establecido.

c) *Identidad de lo lógico jurídico:* la norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido es una norma válida ya que todo lo que se indica en la ley debe ser respetado por todos los ciudadanos y las autoridades que lo crean.

d) *Principio de no contradicción:* Mario Moro (1978) indica que "dos juicios de los cuales uno afirma lo que el otro niega, no pueden ser simultáneamente verdaderos". Esta es la base de la lógica indica que, al no existir concordancia entre los dos juicios, uno de ellos es falso y por lo tanto siempre se debe buscar una concordancia del pensamiento consigo mismo, es decir concordancia entre sus premisas para poder obtener una conclusión válida.

e) *Contradicción imperativa:* el mandato es contradictorio si manda y al mismo tiempo no manda hacer una determinada acción por lo cual no pueden ser obedecidos ni tampoco tienen validez.

f) *Contradicción de lo lógico jurídico:* dos normas se oponen contradictoriamente cuando regulan el mismo ámbito material, espacial y temporal: una permite y la otra prohíbe a los mismos sujetos.

g) *Principio del tercer excluido:* Implica que las definiciones se complementan porque la una primera indica lo que la segunda rinde implícitamente; en base a esto solo uno de los juicios es verdadero.

h) *Tercer excluido del imperativo:* dos mandatos no pueden ser desobedecidos, debe existir uno que debe primar y debe ser obedecido.

i) *Tercer excluido de lo lógico jurídico:* dos normas contradictorias no pueden ser inválidas o inaplicables al mismo tiempo, se debe observar su aplicación.

b. Objeto de Estudio

Para Toranzo (1972) la lógica jurídica, en síntesis, puede decirse que tiene por objeto de estudio de manera material todas las formas generales de pensamientos jurídicos: conceptos, juicio y razonamiento jurídico, porque estos se integran de juicios y conceptos jurídicos.

c. Lógica Deóntica

Como anteriormente vimos, existe diferencia entre lógica jurídica y lógica deóntica. La lógica jurídica es un área técnica de interés de los abogados y juristas, que consiste en la aplicación de todos los recursos que se utiliza en la lógica general en el campo del Derecho. Los recursos son tanto de la lógica indicativa formal (tradicional y simbólica), como la lógica deóntica y retórica.

En efecto, no todos los elementos de la lógica son aplicables al Derecho. Entre ellos, para la lógica deóntica es de importante simbolizar y usar el material lingüístico relacionado con la función normativa; no sólo usa la función informativa, como la lógica jurídica, sino una función directiva.

Esta rama puede usarse además en la religión, moral y todos los fenómenos que se norman porque utiliza operadores deónticos que son términos deónticos o modalidades de la conducta que caracterizan

al lenguaje normativo, entre los cuales se encuentran: “O” de obligación, “F” de facultamiento, “V” de prohibición y “P” de permiso (Sánchez-Mazas, 1983, p. 280).

d. Lógica Jurídica Material

No hace falta destacar que la lógica no produce la decisión, sino que, concretamente, es la herramienta que permite afirmar que una decisión es razonada, Eso significa que la lógica prevé los criterios que determinan la racionalidad de la decisión. La lógica jurídica material postula rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo y debe optarse por la decisión más racional, lo que implica tres actividades: interpretar, argumentar y motivar. Es decir, para pasar de un derecho general a uno concreto, según lo manifiesta el juez cuando emite una sentencia.

En ese proceso se realiza un análisis lógico jurídico, toda una labor de interpretación, para aplicar la ley y analizar que esa ley se mueva en el sistema jurídico. El sistema jurídico tiene un ordenamiento y debe guardar tres condiciones que son: unidad, coherencia, plenitud y actualidad.

El término de unidad implica que una norma puede ser aplicable con base en la armonía del ordenamiento y en concordancia, según las exigencias formuladas por la teoría kelseniana, con lo dictaminado por la constitución. En caso de que se cumpla con esto, se habla de una validez material; mientras que la validez formal tiene que ver con su vigencia.

La coherencia se da cuando ninguna de sus normas se contradice. Si las normas efectivamente se contradicen, se habla de antinomias, que se solucionan por medio de varios métodos: el jerárquico, cuando la norma superior deroga a la inferior; el cronológico, que determina que la norma más actual tiene prioridad en la aplicación sobre la anterior; y el criterio de especialidad, que prima sobre lo general.

La lógica jurídica, pues, permite un conocimiento jurídico, fundamentado en el ejercicio de la razón. Por eso, se usa en el Derecho como herramienta de primer orden, cuyo objeto de estudio son los pensamientos jurídicos y facilita la toma de decisiones razonadas.

4. CONCLUSIONES

La lógica es una de las herramientas fundamentales para poner en ejercicio el Derecho: ayuda a buscar soluciones coherentes, proporcionadas, adecuadas a los problemas y a los actores.

La relación entre Lógica y Derecho se ha construido a lo largo de toda la Historia y la evolución del pensamiento lógico que ha defendido cada escuela filosófica, ha incidido también en las diferentes corrientes de ver y aplicar el Derecho.

Pese a las innegables diferencias de escuelas y perspectivas, la conexión entre Lógica y Derecho contribuye con procesos complejos como la interpretación de las normas y sirve como herramienta en la toma de las decisiones.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchourrón, C. (2000). Sobre Derecho y Lógica, *Isonomía,* No 13, pp. 11-33.

Ayazo, J. I. (1998). Lógica y Razonamiento Jurídico, *Pensamiento Jurídico*, No 8, pp. 7-24.

Bobbio, N. (1965). *Derecho y Lógica, Bibliografía de Lógica Jurídica (1936 a 1960).* México D.F.: Instituto de Investigaciones Filosóficas.

Cossio, C. (2011). Lógica jurídica y su denominación. *Revista UNAM*. No 87-88, pp. 447-470. Diponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26780/24137

Delgado, V. M. (1979). Consideraciones sobre la lógica y su historia. *El Basilisco*, No 6, pp. 86-96.

Freund, M. (2005). Enseñanza de la lógica para sentencias judiciales. *Revista de Ciencias Jurídicas,* No 107, pp. 11-32.

García López, M. (2013). Argumentos en la argumentación jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI, No 137, pp. 789-792.

Gramajo, L. F. (2010). *Lógica Jurídica: instrumento indispensable para el juez y abogado litigante*. Guatemala: Serviprensa.

Ordorica Hodgers, O. (2013). *Importancia del Estudio de la lógica en el Derecho*. Disponible en https: s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53437724/IMPORTANCIA_DEL_ESTUDIO_ DE_LA_LÓGICA_EN_EL_DERECHO.DOC?AWAccess

Kelsen, H. (1965). *Derecho y Lógica*. México D.F.: Editorial Coyoacán.

Lagier, D. (2011). *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20530

Maranhao, J. (2009). La Lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho,* No 32, pp. 229-254

Medina, R., Machado, L., Vivanco, G. (2018). *Pensamiento Crítico: Evolución y Desarrollo,* Cienfuegos: Editorial Universo Sur.

Moro, M. (1978). *Pensamiento, lenguaje y acción: Introducción a los problemas de la filosofía*. Quito: Editorial Colegio Salesiano Don Bosco

Schmill Ordóñez, U. S. (1978.). Consideraciones sobre Derecho y Lógica de Hans Kelsen, *Crítica*, No 10, Vol. 30, pp. 55-79.

Sánchez-Mazas, M. (1983). Lógica, sistemas normativos y modelos aritméticos. *Informatica e diritto*, IX, Vol. IX, No 2, pp. 279-325.

Toranzo, M. V. (1972). Reflexión sobre la lógica jurídica de García Maynez. *Revista UNAM*. No 87-88, pp. 733-762. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26798/24155

Recibido: 9 de agosto de 2017

Aceptado: 6 de mayo de 2018

Karla Fernández Procel: Investigadora jurídica independiente y estudiante de derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Correo electrónico: krly.ta@hotmail.com

Intervención de la lógica jurídica como eje transformador del raciocinio en el derecho

Intervention of Legal Logic as Transformative Axis of Rationale in Law

Catalina Tapia Coro
Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Miscelánea estudiantil)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 283-297, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el objetivo de este artículo es describir la importancia de la argumentación legal para los sistemas normativos de la tradición jurídica romana. Bajo ese propósito, este documento se dividió en tres secciones. En primer lugar, explora el razonamiento legal aplicado por la comunidad legal (considerando a la lógica como un elemento clave de análisis). En segundo lugar, el impacto de la praxeología como ciencia de la acción humana. Finalmente, se discute la importancia de la argumentación legal como una herramienta para jueces y juristas.

PALABRAS CLAVE: lógica jurídica, argumentación jurídica, razonamiento legal, praxeología, teoría jurídica.

ABSTRACT: The aim of this paper is to describe the standing position of legal argumentation for normative systems of Roman legal tradition. This paper was divided into the following three sections: Firstly, it explores the legal reasoning applied by the legal community (considering logic as a key element of analysis). Secondly, the impact of praxeology as a science of human action. Finally, it discusses the significance of legal argumentation as a tool available to judges and jurists.

KEY WORDS: legal logic, legal argumentation, legal reasoning, praxeology, legal theory.

INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda a la lógica jurídica como ámbito de estudio, inmediatamente se cavila entorno a las nociones de razonamiento, argumentación, fundamentos y motivación, con la finalidad de materializar el uso adecuado de los principios y categorías jurídicas. Sin embargo, el sistema jurídico como órbita de aplicación alberga inconsistencias. Por lo tanto, resultará pertinente profundizar en aspectos vinculados con el estudio de dichas inconsistencias: a) la identificación de la relación entre la praxeología y el lenguaje jurídico; y b) el análisis estructural de la decisiones de los jueces, en cuanto no existe un manual universal de cómo actuar frente a la necesidad de resolución de conflictos judicializados..

1. LA LÓGICA COMO ELEMENTO PRINCIPAL EN LA COMUNIDAD JURÍDICA

La lógica no es una noción nueva o un invento forzado de la humanidad; nace mediante una necesidad elemental característica de las personas. En la historia, la lógica fue desarrollada en la antigua Grecia: Incluso antes de Cristo ya se hablaba de juicios lógicos, o contenidos por un sustento verídico que validaran una premisa o argumento.

Además, la relación entre lógica y Derecho tiene que establecerse no solo en la creación del ordenamiento jurídico sino en la aplicación de la ley. Me atrevería a decir que el Derecho no existiría sin "lógica", debido a que en el marco normativo u actos que crea la comunidad jurídica se podría llegar a razonamientos errados o sin validez que afectarían la tan anhelada seguridad jurídica o el fortalecimiento del Estado de Derecho.

La lógica tiene distintas formas de "manifestarse"[127], como instrumento, permite alcanzar una "verdad". Esta verdad, por ejemplo, en áreas como la penal suele entenderse como objetiva, concreta, y estricta; De modo que, el juicio final del juez solo puede finalmente determinar si o no es, es verdadero o falso.

127 En ese sentido, la división mas común es la que se produce entre lógica formal y material.

Esto se conecta con la lógica formal (aplicada comúnmente en el ámbito civil) y la lógica material (considerada como propia de lo penal), que en algún momento la comunidad jurídica puede aplicar. En este sentido, Amunátegui (2007) expresa una opinión critica:

> "Es curioso encontrar constantemente oposición a la utilización de la lógica formal, o mejor, lógica a secas, en el pensamiento jurídico. Pareciera que su formulación matemática, en lugar de atraer a los estudiosos por su precisión, intimidara a quienes no se han dado el agradable trabajo de familiarizarse con ella. Si la lógica es una herramienta que sirve para controlar la corrección formal de los razonamientos, es difícil comprender en qué sentido pueda ser criticable su uso dentro del mundo jurídico"

Asimismo, la lógica necesariamente tiene que expresarse a través de un lenguaje preciso, que vaya acorde al para que al final se incorpore un alturado manejo de juicios lógicos, conceptos y raciocinio. Es importante notar que la lógica dentro del Derecho no tiene el mismo efecto como en el caso de las matemáticas; puesto que la esencia de esta última expresa exactitud, mientras que el Derecho puede caer en un alto grado de subjetivismo.

En cuanto al razonamiento jurídico, tanto en su forma lógica como en su contenido de verdad y de identidad, debemos considerar que resulta esencial para toda actividad judicial y especialmente, para el dictamen de una sentencia justa. En general, la lógica formal permite analizar el valor de verdad de un razonamiento, así este sea silogístico o no silogístico.[128]

Con estas consideraciones, la lógica dentro del Derecho va determinando ciertos parámetros o un cierto margen de discrecionalidad donde se configura y "crea" Derecho a medida que esté conforme a los principios rectores de la ciencia jurídica. Además, la comunidad jurídica esta consciente que la lógica constituye un eje transformador que no solo debe ser aplicada por el simple hecho de ser una característica esencial del Derecho, sino porque detrás de todo esto se encuentra la sostenibilidad del sistema jurídico. Por consiguiente, la importancia real de la lógica en el Derecho se percibe, según Juan Fernando García (2010), en lo siguiente:

---

128 Para un efecto especialmente jurídico, todos estos elementos pueden ser simbolizados con fórmulas de lógica matemática que dejan en claro su valor de verdad.

> "A veces se ha definido la contraria idea de que la aplicación del Derecho sería posible sin recurrir a la lógica. Cuando se trata de opiniones de esta índole, no se puede establecer con claridad si se está hablando de la lógica en general o de la jurídica en especial, por eso los argumentos, considerados en esas dos posibles interpretaciones. El punto de vista más extremo en ese sentido, lo enseñó la Escuela del Derecho libre, que, aunque produjo sensación a comienzos del siglo, con posterioridad solo fue discutida en contadas ocasiones, según esta escuela el juez, debe decidir, ante todo, de acuerdo con el texto claro de la ley. El juez puede y debe prescindir del texto, en primer lugar, cuando no resulte verosímil, según su convicción, el libre y concienzudamente formada, que el poder estatal existente en el momento de resolver hubiera decidido tal como lo exige la ley".

Como toda ciencia, la lógica jurídica también persigue un objeto: las reglas que se encuentran adheridas al Derecho y su correcta aplicación independientemente de la interpretación (que puede ser correcta o a su vez incorrecta esto es el subjetivismo que conlleva su interpretación) que el operador crea para un caso en particular.

El silogismo jurídico representa un elemento esencial para la correcta aplicación de las premisas dentro el marco normativo. Siempre que la conclusión, se encuentre conformada por razonamientos exclusivamente normativos donde sean previamente estudiados en base a los preceptos jurídicos fundamentales, conlleva a una validez material y formal para la creación del propio Derecho según la concepción del operador.

Dentro de estas premisas existe un razonamiento deductivo, está conformado por reglas y principios a través de la correcta actuación de la comunidad jurídica. Si en la práctica sucede esto, no se puede crear una sentencia sin ley, y sin caso esta sentencia carecería de fundamento jurídico y lógico. Por lo tanto, que cualquier norma u acto deben estar sustentado o motivado en base a una serie de razonamientos lógicos para que se consideren válidos. Esta concepción del Derecho como un sistema lógico aparece con Thomas Hobbes, quien en su obra Leviatán, intenta construir una teoría racional y universal del Derecho.

En un afán por describir las implicancias del método o sistema deductivo, Gladys Newman (2006) sostiene:

> "Si las premisas del razonamiento deductivo son verdaderas, la conclusión también lo será. Este razonamiento permite organizar las premisas en silogismos que proporcionan la prueba decisiva para la validez de una conclusión; generalmente se suele decir ante una situación no entendida "Deduzca", sin embargo, el razonamiento deductivo tiene limitaciones. Es necesario empezar con premisas verdaderas para llegar a conclusiones válidas. La conclusión de un silogismo nunca puede ir más allá del contenido de las premisas. Las conclusiones deductivas son necesariamente inferencias hechas a partir de un conocimiento que ya existía."

Esta idea de la lógica como una serie de reglas y principios también tuvo un precedente histórico en la época de la ilustración. Durante este periodo, se concibió al ordenamiento jurídico como un sistema únicamente deductivo donde debía imperar la coherencia que permitiese la integración del Derecho a través de las personas que tenían a su cargo el "manejo" de la justicia.

Toda actividad jurídica, en cualquiera de las áreas de la ciencia supone una serie de operaciones lógicas que son comunes a todas las áreas de investigación científica, es decir, que en cualquier área de la ciencia tendrán lugar las operaciones lógicas de elaborar conceptos, para definirlos, dividirlos y clasificarlos.

Para ordenar el trabajo científico resulta indispensable ordenar los conceptos, los juicios y los raciocinios en un sistema que les dé unidad y consistencia lógica. Por lo tanto, la lógica jurídica no puede ser otra cosa distinta a la aplicación de los conocimientos lógicos al estudio.

La aplicación de la lógica al Derecho supone una distinción fundamental: el orden jurídico positivo de cada Estado supone un conjunto de normas jurídicas que ordenadas y sistematizadas están destinadas a presidir la vida en sociedad. Pero para que este conjunto de normas cumpla con eficacia su función reguladora, requiere un amplio número de funcionarios que las interpreten y apliquen correctamente. Debe considerarse, que la elaboración del Derecho positivo y su expresión en normas escritas supone un gran esfuerzo por parte del actor normativo.

Robert Alexi (1995) se formula la siguiente pregunta para solventar un poco a la racionalidad: "¿cómo son posibles la racionalidad y el conocimiento prácticos? Esta cuestión se orienta por una teoría de la racionalidad práctica, cuya esencia es el concepto de razón práctica." (p.94)

El objetivo de una acción o decisión emitida por la comunidad jurídica apunta al establecimiento de decisiones coherentes. Entonces para una mejor comprensión de las implicancias de la lógica jurídica podemos citar Herman Petzold (2008) quien sostiene que:

> "Una disciplina que estudia los razonamientos propios de los profesionales del Derecho, comprendiendo tanto a aquellos que obran como órganos del Estado, encargados de la creación, interpretación y aplicación del Derecho positivo, como a los que simplemente interpretan (y eventualmente aplican) las normas jurídicas, a fin de representar, asesorar, o enseñar, tales como los abogados litigantes, consultores jurídicos, profesores de Derecho, etc., aunque la manera de razonar de los primeros -en vista de la consecuencias jurídicas que se derivan del razonamiento- sea un poco diferente a la de los segundos, dado que no tienen la misma posición o rol social".

Ahora bien, la lógica ha dejado de ser un estudio exclusivamente normativo que regula todas las operaciones lógicas para adquirir, una fisonomía o carácter mixto, en el sentido de que la lógica como ciencia es un estudio estrictamente teórico y especulativo y un arte o conjunto de reglas que dan pautas para llevar a cabo todas las operaciones con un mismo orden. Todas las ciencias normativas implican un trabajo teórico o especulativo previo. La moral, como conjunto normativo, supone la exploración especulativa previa que emprende la filosofía moral. Del mismo modo, la técnica, supone el trabajo especulativo de las ciencias naturales.

La concepción de que la lógica es un arte que nos suministra normas para pensar correctamente (como se entendió en otras épocas) ha sido sustituida por una fijación más clara de sus nobles y elevados objetivos, con lo cual se han dado las bases de su progreso y perfeccionamiento.

Podemos decir que la lógica desde tiempos remotos ha tenido preponderancia efectiva para obtener razonamientos válidos a través de la lógica jurídica. Este elemento es necesariamente obligatorio, que alberga un raciocinio comprensible para que así alcance un alto grado de importancia por juicios lógicos de la comunidad jurídica.

2. LA PRAXEOLOGÍA Y EL LENGUAJE JURÍDICO PRESENTE EN EL DERECHO

El Art. 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador reza: "La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo" (p. 95).

Entonces ¿por qué el lenguaje y la lógica deben permanecer en un sistema armonioso dentro del Derecho? La respuesta es simple, la comunidad jurídica intenta ser lo más clara posible, y no solo por esto, sino por la seguridad jurídica y competencia a través de los actos jurídicos. Esto no omite la intervención de falacias o malas argumentaciones por parte de los operadores de la norma en las lógicas del sistema; en este ámbito se tomaría en cuenta si son verdadero o falso[129].

Debido a que por ejemplo una sentencia puesto que se debe indemnizar el daño causado al otro porque todo está liado a lo pecuniario, es decir absolutamente todo gira entorno a margen económico y esto directamente va liado a los intereses de cada persona.

En ese sentido, Ricardo Guastini (2015) afirma estas concepciones del porqué no siempre el Derecho es lógico o indeterminado:

> El sistema jurídico es indeterminado en el sentido que hay controversias sobre qué normas "existen", qué normas pertenecen al mismo o están vigentes dentro del mismo. Y esto depende de la equivocidad -"ambigüedad", si se quiere, pero en sentido amplio- de los textos normativos, es decir del hecho de que cada texto normativo admite una pluralidad de interpretaciones y está por esto sujeto a (posibles) desacuerdos interpretativos. Ofrecer un catálogo completo de los diversos tipos de equivocidad no parece posible. Sin embargo, algunos ejemplos de equivocidad -y de controversias interpretativas correspondientes pueden aclarar el punto.

129 Con relación a la argumentación Atienza (2005) explica que: "Al estudiar las premisas de que se parte en una argumentación, se puede distinguir tres aspectos: el acuerdo, la elección, y la presentación de las premisas. Para poder desarrollar una argumentación hay que partir, en efecto de lo que se admite inicialmente, si bien el punto de partida mismo constituye ya un primer paso en su utilización persuasiva".

Para Yoshino (2015) los actos y los enunciados forman parte de este sistema en cuanto a lo que es lógico, válidos e inválidos, según sus percepciones e ideas siguientes:

> Los enunciados jurídicos son o bien válidos, o bien inválidos. Si un enunciado jurídico es válido, esto significa que el enunciado jurídico es verdadero en el mundo del Derecho. Desde el punto de vista lógico, la validez de un enunciado jurídico puede ser apreciada como el valor de verdad de un enunciado jurídico, como solo los enunciados verdaderos deben ser usados como premisas en el razonamiento, solo los enunciados jurídicos válidos deben ser aplicados como premisas en el razonamiento jurídico. La persona que infiere un enunciado jurídico describe su obligación de actuar.

El lenguaje jurídico constituye entonces el conjunto de términos y expresiones que denotan principios, preceptos y reglas que están subordinadas a las relaciones y acciones humanas tal como la praxeología jurídica en toda la sociedad civilizada y racional. El fin de este lenguaje jurídico es la unificación semántica, así como la precisión conceptual. Por otro lado, dentro del complejo abanico de lenguajes técnicos existentes, el lenguaje jurídico presenta características especiales que lo diferencian de los otros lenguajes.

Uno de los rasgos principales del lenguaje del Derecho es su prescriptividad, característica necesaria para regular la conducta humana en determinado orden social. El lenguaje prescriptivo está constituido por las normas jurídicas y principios que permiten regular un determinado comportamiento. Desde el punto de vista lógico es necesario diferenciar el lenguaje jurídico (también denominado lenguaje del Derecho o lenguaje de los juristas). Así, el lenguaje del Derecho es aquel que posee un contenido jurídico; mientras que el lenguaje de los juristas es aquel que emplean los especialistas que hablan del Derecho o metalenguaje. Es muy diferente la acepción del diccionario de la lengua y otra la significación científica de un término jurídico. En efecto, los conceptos jurídicos difieren con frecuencia del concepto general o común.

A estas palabras, se les llama términos o vocablos, refiriéndose a su respectiva disciplina, forman la terminología jurídica. El lenguaje jurídico se caracteriza por el uso de términos integrados en la lengua común desde sus orígenes, pero el principal defecto del lenguaje jurídico se origina, paradójicamente, en un exceso de celo. La comunidad jurídica se preocupa de la precisión y concordancia que debe prevale-

cer en sus escritos, pero hay que tomar en cuenta que a esta precisión la llevan al extremo, sin darse cuenta que con menos complejidad en el lenguaje se puede conseguir el mismo resultado.

La praxeología por naturaleza estudia el accionar de las personas, esto también depende de las causas y el lenguaje en las que se hayan previsto dentro del Derecho, al ser una estructura de incentivos, genera cambios en los fenómenos jurídicos a razón de poseer propiedades de configuración. Esto hace posible que se apliquen las herramientas propias del Derecho para el estudio del orden jurídico. Pero el análisis dinámico pretende ir más allá. No se trata de aplicar métodos de una ciencia a la otra, sino encontrar un método común a las ciencias praxeológicas.

Tanto la praxeología como el lenguaje jurídico forman parte de un sistema armonioso reglado y ordenado como es el Derecho; el hecho de que cada ordenamiento jurídico de una nación determinada es diferente, incompleto e imperfecto, la comunidad jurídica, en teoría, intenta hacer de la mejor manera posible su quehacer para obtener un resultado motivante y lógico. En conclusión, esto causa la resolución de conflictos que produce un cierto malestar en la sociedad ya que las personas viven expuestas al contenido de las normas y que mejor que establecer los parámetros de la lógica jurídica como la praxeología para que al menos una parte del margen de discrecionalidad o acción responda a una sociedad cambiante y compleja.

3. IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA POR PARTE DEL JUEZ

¿Qué significa en el fondo construir argumentos válidos? ¿acaso se trata de una fórmula simplista de aplicar la ley y nada más?, ¿implica un estudio donde el juez deposita todo su conocimiento o su experiencia ya sean estas objetivas o subjetivas?, ¿todas las sentencias que crea el juez tienen un alto contenido de lógica? La acción de argumentar consta de un sentido y un alto grado de razón.

Argumentar dentro del Derecho es interpretar, aplicar las reglas y los principios suficientes que el juez determina, ya sea por su alta educación académica, un nivel elevado de experiencia dentro de su campo de trabajo, valores internos, y valores institucionales, conducencia lógica para que el operador al final del día tome una decisión.

Manuel Atienza desarrolla hasta diez buenas razones para argumentar bien, las cuales son un excelente punto de partida para rescatar las nociones de entrada en toda argumentación que quiera preciarse de suficiente

Es subjetivo el razonamiento del juez para llegar a una conclusión, pero una vez que el problema ha sido centralizado, el desarrollo del problema debe ser eminentemente pragmático pues se parte de la tesis de que un conflicto es un hecho real que tiene que ser dilucidado de la forma más rigurosa posible. Como refiere Atienza: la enseñanza del Derecho ha de ser más práctica; no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de la buena teoría jurídica es la argumentación.

La argumentación jurídica construye las razones con las cuales se sustenta una decisión exclusivamente jurídica. En este sentido la argumentación debe estar guiada por los derechos constitucionales para que se alinee conforme a la norma suprema; es decir que nada, incluso la lógica, debe contravenir la constitución. Para que las pretensiones que se quieren alcanzar merezcan una respuesta razonada de los intérpretes autorizados, se puede figurar que la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite plasmar las justificaciones del juzgador. Inicialmente el juez se encuentra frente a un problema, identifica a qué alude la controversia sometida a su conocimiento y luego de ello realiza un examen exhaustivo de los hechos.

El contexto de descubrimiento habrá de informarle que será necesario recurrir a los conocimientos para asumir determinada posición, que necesariamente será exigible adoptarla frente al problema jurídico suscitado y luego de ello habrá que comenzar a construir la decisión, de esta forma separará en forma ordenada sus argumentos, los cuales habrán de constituirse en complementario.

En todo ese ejercicio habrá de observarse que el esquema de justificación interna sea compatible con el uso de las reglas de la lógica. Es en la justificación externa, al desarrollarse la explicación de las premisas, que habrá de observarse la importancia de construir buenos argumentos, buenas razones y buenas justificaciones, a propósito de la decisión que cierra el conflicto o que, en su caso, implica un análisis razonado de la decisión. Pero de aquí nace una incertidumbre real si los jueces han resuelto durante mucho tiempo solo con el conocimiento de la norma y el examen directo de los hechos ¿por qué esos parámetros hoy tendrían que cambiar? En otros términos, ¿por qué no

se puede justificar como se hacía antaño cuando se optaba por validar una decisión que tuviera menos elementos razonables de un ejercicio mínimo pero suficiente de justificación? La respuesta es puntual: porque los parámetros de exigencia de justificación han cambiado sustancialmente, así como la racionalidad jurídica del ser humano.

Hoy esos parámetros han cambiado en varios aspectos pues ya no existe un estricto Estado legal de Derecho y la simple exigencia de justificación en base a la ley es notoriamente insuficiente.. La legislación establece el primer punto de referencia para la resolución de los conflictos, para mantener el primer rango de fuente del Derecho respecto a la argumentación en la solución de controversias. Sin embargo, la cuestión de que la norma escrita no pueda responder de modo convincente a discusiones como las relativas al Derecho a la dignidad en su contenido protegido, Derecho a la vida si se trata de una cuestión de resolver posiciones respecto al origen de la misma o como las fronteras propias entre el derecho al honor y el derecho a la información, llevaría a pensar que efectivamente se necesita otros parámetros argumentativos frente a la importancia creciente a la alta complejidad de la propia sociedad.

De esa forma, no es lo mismo argumentar solo en base a los ámbitos de vigencia y validez formal de la norma jurídica, que hacerlo desde la perspectiva de los derechos, en función a los contenidos de juridicidad y de moralidad de estos derechos.

El valor axiológico de los derechos que permiten un margen de diferenciación de los derechos denominados de origen legal o de configuración legal, refiriéndose a los derechos que resisten un ámbito de efectividad respecto de la norma jurídica. Es en esa perspectiva, la argumentación cumple una función primordial dentro de la justificación externa, en tanto que en su decurso los jueces propiamente interpretan las normas de origen legal y constitucional, así como proceden a una lectura de los hechos de acuerdo con las controversias propias de la materia de litigio. Es decir que la interpretación conlleva necesariamente un proceso elemental dentro del Derecho[130] y esto sucede cuando el juez a la hora de dar una decisión a través de su percepción

130 El Derecho por ser un sistema, en ocasiones de números *clausus* y *apertus*, tiene una lista interminable de inconsistencias, una de estas va a la par del comportamiento del juez. Cabe recalcar que los jueces al momento de tomar una decisión se ven inducidos por varios factores de fuero interno y externo.

tiene mucho cuidado al establecer una conexidad entre la norma y el caso concreto tratando de interpretar de la mejor manera la norma. Sostener que el juez solamente aplica la norma resulta una opinión demasiado escueta ya que en realidad debe tomar en cuenta principios, teoría, aplicación y todo esto encajado a una lógica solvente y correctamente estructurada.

Por lo tanto, toda la comunidad jurídica se encontraría obligada a que sus argumentos constituyan razones valederas, consistentes y coherentes, con énfasis de responsabilidad para los jueces en mayor grado.

Asimismo, no se puede omitir el hecho de que en el Ecuador existe una Constitución con un amplio catálogo de derechos, una mejor división de poderes y una preeminencia al presidente de la república, es decir, un extenso sistema normativo. Aunque se tenga esta visión material y formal la realidad es distinta. En este aspecto entran los jueces que al momento de plantear una decisión no lo hacen de modo uniforme o a causa de una razón.

También el juez puede tomar una decisión en base de su propio interés, ya que es algo natural de los individuos actuar por un interés individual, pero, a fin de cuentas, el juez se verá presionado por el sistema judicial que reglamenta su conducta. Como sostiene González (2003):

> "El juez como autoridad tiene una serie de regulaciones que dirigen su conducta en el desempeño de sus funciones.
>
> Entre las que nos interesan destaca el hecho que se sanciona disciplinariamente los incumplimientos a las funciones básicas de la judicatura, como faltas gravísimas o graves las incorrectas actuaciones o señalamiento indebido de decisiones jurídicas o resoluciones de los casos, que sean por otros motivos, distintos a los estrictamente jurídicos".

Por otra parte, también hay que tomar en cuenta que para el mismo cumplimiento de estos criterios de razonabilidad existen valoraciones conjuntamente lógicas donde se debe lograr la garantía de que al final siempre las decisiones deben ser bien motivadas.

Como el mismo Gozaíni (2006) lo explica en términos contundentes:

> Por ello, sin caer en el reduccionismo simple y peligroso de modelar un poder de juzgamiento genérico, conviene poner de relieve, como un anticipo de nuestras conclusiones, que el juez puede apartarse de las reglas sin violar los principios, cuando adapta sus pronunciamientos al sentido social y justo que lo anima. En todo caso, la exigencia será motivar suficientemente la sentencia que dicta.

En la sentencia también debe existir la exposición de motivos o simplemente la motivación para que de alguna forma esta sea valedera. La motivación necesariamente tiene que albergar una razón del por qué a consecuencia de la decisión de un juez. Esta motivación requiere un fundamento para determinar la esencia de la motivación, que depende de que los jueces sean competentes o no, según la materia que regulen en un ámbito determinado como lo menciona González (2006):

> "La motivación exige referirse a la ley de la cual se hace aplicación, impidiendo que la decisión se funde en el arbitrio judicial, originador de la inseguridad jurídica de los ciudadanos y favorece una mayor perfección en el proceso interno de elaboración de la sentencia ya que cumple una función persuasiva o didáctica para facilitar la labor de los órganos jurisdiccionales que conocen de las impugnaciones de la sentencia en el marco de los principios fundamentales del procedimiento es indispensable que los jueces expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso para evitar arbitrariedades".

Así como existen los operadores de justicia que tratan de darle un sentido a su sentencia, existen jueces legalistas que omiten la lógica dentro de una causa. Esto, en su mayoría de veces, lleva a errores provocando grandes inconsistencias en el sistema. si el juez no encuentra la norma aplicable al caso simplemente deja de resolver y detiene el proceso. Asimismo, existen jueces humanistas que velan por los derechos humanos precautelando todos los preceptos lógicos y familiarizándose al caso; muchas veces este tipo de juez es catalogado de progresista sólo por el hecho de humanizar el proceso. Ambos jueces, están comprometidos a tratar, en lo posible, de argumentar de forma correcta conforme al Derecho.

Una sentencia puede ser objeto de nulidad por la falta de motivación o la existencia de un defecto dentro de la fundamentación. Por ejemplo, los jueces en Ecuador influenciados por factores internos-externos que no necesariamente pueden ser válidos optarían por esta opción. Pero

¿quién es el juez para determinar la veracidad de un caso? Principalmente se trata de un pacto social donde los individuos depositan toda la confianza en la autoridad para conseguir la seguridad tan anhelada.

4. CONCLUSIONES

El Derecho presenta inconsistencias de fondo y de forma, así como se ve afectado por las limitaciones de jueces y operadores normativos influenciados por factores internos o externos. Sin embargo, el Derecho debe contener razones que denoten validez tanto formal y material de esta manera, la lógica jurídica contribuye claramente con este objetivo. Por lo tanto, es necesario superar la aparente dicotomía existente entre lógica y Derecho. Esto implica un esfuerzo permanente y un compromiso para otorgar sostenibilidad al sistema jurídico.

5. REFERENCIAS BIBLIOGÁFICAS

Alexi, R. (1995). *Ley, razón, discurso.* Oldemburgo: Estudios sobre la filosofía del derecho.

Amunátegui Perelló, C. (2007). Reseña de Derecho y Lógica Formal de Manson, Manuel. *Revista Chilena de Derecho,* 191.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Mexico DF.: Instituto de investigaciones jurídicas.

Constitución de la Replública del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008).

González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Isonomía. Revista Chilena de Derecho,* 93-107.

González Solano, G. (2003). El ejercio del poder de los jueces. *Revista de Ciencias Sociales,* 149-159.

Gozaíni, O. A. (2006). Funciones del juez en los procesos constitucionales. *Revista de Derecho Constitucional,* 299-332.

Guastini, R. (2015). Interpretación y Construcción Jurídica. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 11-48.

Maritain, J. (1923). *Introducción a la lógica*. Disponible en: http://www.jacquesmaritain.com/pdf/02_INTRO/03_IN_Logic.pdf.

Petzold-Pernía, H. (2008). Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica. *Frónesis,* 116-140.

Yoshino, H. (2015). Tractatus Logico-Juridicus. *Revista Derecho del Estado,* 35.

Recibido: 7 de diciembre de 2018

Aceptado: 8 de mayo de 2019

Catalina Tapia Coro: Investigadora jurídica independiente actualmente cursando estudios de derecho.

Correo electrónico: tapia_catalina@hotmail.com

RECENSIÓN

Un Análisis del Fondo de Pensiones del IESS

An Analysis of the IESS Pension Fund

Dra. Carmen Corral Ponce, LLM
Jueza de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente de la USFQ

Documento Original (Recensión)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 301-308, ISSN 2588-0837

PALABRAS CLAVE: pensiones, IESS, jubilación, descapitalización, reforma del sistema.

KEY WORDS: pensions, IESS, retirement, decapitalization, system reform.

Recensión de Borja Laverde, Patricia E., *La Descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS vs. el derecho de los Afiliados, Corporación* de Estudios y Publicaciones, Quito, 2018, 234 pp. ISBN 978-9942-10-422-9.

Review of Borja Laverde, Patricia E., *La Descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS vs. el derecho de los Afiliados*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2018, 234 pp. ISBN 978-9942-10-422-9.

INTRODUCCIÓN

Es un gusto para mi realizar esta corta recensión del libro *La descapitalización del fondo de pensiones del IESS vs. el derecho de los afiliados* (Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2018, 234 pp. ISBN 978-9942-10-422-9), escrito por la flamante abogada Patricia Borja Laverde.

Resalto este trabajo porque es muy importante que una joven abogada haya tornado su mirada a una asunto tan álgido y baldío, pero tan importante para el futuro, precisamente, de los jóvenes.

Cuando se es joven es inimaginable pensar en la jubilación o la vejez: parece que nunca llegarán. Pero el paso del tiempo es infranqueable y tarde o temprano el ser humano cursa esa difícil etapa de la vida.

Una etapa en la que ya no existen fuerzas para trabajar y en la que se está expuesto a mayores riesgos. Estos riesgos se deben mitigar con la previsión durante la época de la juventud.

Destaco el interés de la abogada Borja en este tema que a la mayoría de los jóvenes ni siquiera se le cruza por la mente; cuando ellos debieran ser los más preocupados ya que, como se señala a lo largo del libro, de no tomarse medidas técnicas urgentes, el fondo de pensiones no alcanzará para la juventud actual. La autora ha profundizado con total dedicación en los puntos esenciales sobre la sostenibilidad del fondo de pensiones, revisando abundante bibliografía y documentos de actualidad.

El libro contiene reseñas históricas sobre el nacimiento de la seguridad social en el mundo y en el Ecuador. Menciona, por ejemplo, el pasaje bíblico del sueño del Faraón, que no comprendía porqué primero soñaba con vacas flacas y luego con vacas gordas. Es José, hijo de Jacob, quien interpreta los sueños y explica que cuando existan vacas gordas se debe ahorrar como previsión cuando llegue la época de las vacas flacas. Así nace el simple y elemental concepto de la seguridad social.

También expone con detalle las medidas nefastas, inconstitucionales y antitécnicas que se tomaron en el gobierno del economista Rafael Correa Delgado, causantes de la descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS.

1. DESCAPITALIZACIÓN DEL FONDO DE PENSIONES

Entre las principales afectaciones mencionadas a lo largo del texto, se encuentran las siguientes:

a) Reforma al Art. 234 que incrementó las pensiones de manera sistemática, sin sustento técnico. Esta medida no ha sido dimensionada por la opinión pública, pero en realidad afectó muchísimo a las reservas del Fondo.

b) A pesar de ser advertidas y explicadas las consecuencias, el gobierno anterior, por necesidades fiscales, obligó al IESS a pagar el 100% de las pensiones cuando el sistema estaba estructurado para que cubra solo el 60%. Esto ocasionó que para el pago de pensiones se empiece a tomar recursos de las reservas.

c) La emisión de la Resolución No. CD 501 ocasionó que el Fondo, cuya afectación ya se palpaba con la eliminación del 40% y en lugar de solucionar la quiebra del Fondo de Salud con medidas estructurales, se disminuya el aporte para pensiones, incrementándolo al Fondo de Salud. Así solo se logró profundizar la crisis que ya vivía cada uno de los fondos.

d) La creación de la protección del trabajo del hogar no remunerado, medida con una intención muy positiva porque reconocía el aporte brindado por estas personas, en su mayoría mujeres, a la economía del país. A decir de los considerandos de la Ley, el aporte del TNR[131] del hogar alcanza "15.41% del Producto Interno Bruto (PIB), es decir, 6.12 puntos más de lo que representa la industria de extracción petrolera" (INEC, 2014). Sin embargo estuvo mal planteada ya que, como se señala en el libro, no se debió asimilarlo al régimen de pensiones, sino plantearlo como un régimen distinto. Tampoco su financiamiento estuvo claro, pues la Constitución dictó que sería financiado por el Estado, con el grave problema de que se perdió parte del financiamiento por la declaratoria, inconstitucional, de poner techo a las utilidades de los trabajadores (Sentencia No. 002-18-SIN-CC, 2018, p. 98).

e) La siguiente afectación es la "restitución del 40%" mediante la declaratoria de inconstitucionalidad. Digo afectación porque, a pesar de que es positiva esta decisión de la Corte y que a partir del 2019 contará nuevamente con estos recursos, el hecho de que no se haya tomado de manera retroactiva (Sentencia No. 002-18-SIN-CC, 2018, p. 98) constituye una gran afectación para el Fondo. Aproximadamente, $ 3 600 millones de dólares se dejaron de percibir por esta medida.

   Las siguientes afectaciones al Fondo no fueron normativas, sino de acción y omisión. Como el caso de la inoperancia del BIESS y las malas inversiones.

El libro resalta el hecho de que parte del pago de la deuda del Estado se realizó en bonos y el porcentaje de inversión, en el sector público. Aquí realizo un paréntesis para señalar que este límite en el porcentaje se incrementó en el gobierno anterior: históricamente fue solo del 50%, pero el manejo antitécnico de los fondos de la seguridad social se

---

131 Trabajo no remunerado.

inclinaron hacia el incremento de dicho porcentaje para poder contar con mayores recursos para las necesidades fiscales y no para solventar las necesidades de los afiliados.

Por último, una de las más graves afectaciones se da por omisiones en el control, sobretodo de la Superintendencia de Bancos que estuvo totalmente ausente y permitió que se tomen todas estas medidas que hemos mencionado, y que contribuyeron directamente con la descapitalización del fondo de pensiones.

La Superintendencia de Bancos incumplió el papel de ser garante del buen gobierno del seguro general obligatorio que le impuso el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social.

Menciona, la abogada Borja, cómo estas medidas hicieron que el Fondo de Pensiones a diciembre de 2015 tenga 9000 millones (Informe No. DADSySS-0023-2017, 2017, p. 9), a diciembre de 2017 llegó a $7600 (Espinosa, 2017) y, de lo que pude consultar en el IESS (2017), a agosto de 2018, el Fondo de Pensiones bajó a $ 6 777 millones. Esto representa aproximadamente un 6% del PIB del Ecuador, cuando, según el reciente estudio de Augusto de la Torre (2018), los fondos de pensiones de Chile llegan al 70% del PIB, 43% en Bolivia, 22% en Colombia y 21% en el Perú.

Esto nos da una medida de cuán bajo ha llegado nuestro fondo de pensiones. El monto actual se asimila a lo ahorrado al año 2013 aquí en el Ecuador; cinco años después estamos más o menos en los mismos niveles: $ 6 855 millones (IESS, 2013, p. 68).

De ahí que la principal conclusión del libro, con la que concuerdo plenamente, es que esta descapitalización del Fondo de Pensiones ha producido la inminente afectación al derecho constitucional a la seguridad social.

La Constitución establece claramente en varios artículos el derecho de toda la población ecuatoriana a la seguridad social a lo largo de su vida, desde que nace hasta que muere. La Constitución del 20 de octubre de 2008, que hace pocos días cumplió diez años, estableció el seguro universal obligatorio, con cuyo enunciado pretendí que toda la población tenga acceso a las distintas prestaciones.

Lamentablemente, las mismas personas que ofrecieron la universalidad de la seguridad social en el Ecuador le dieron un manejo político, obscuro, antitécnico, yéndose contra su propia constitución: tomaron medidas inconstitucionales, priorizando otros fines y no el beneficio de los afiliados y la sostenibilidad de los Fondos.

Ya hacia las conclusiones, Borja hace importantes aportes para sugerir soluciones frente a la grave situación que aqueja al Fondo de Pensiones ecuatoriano. Más allá de que las medidas precisas y técnicas para la solución de todos los problemas deberán venir de estudios actuariales actualizados mencionados en el libro, resalto algunas de las sugerencias:

Mantener el sistema de reparto con medidas paramétricas o un cambio de sistema. Seguramente las soluciones vendrán tal vez por un cambio de sistema, dada la situación grave del fondo, así como de los problemas demográficos y económicos que también son analizados en el texto. Incluso el cambio de sistema tal vez venga acompañado de medidas paramétricas como el aumento de la tasa de aportación, aumento de la edad de jubilación, reducción del beneficio, aumento de la tasa de cálculo, entre otras.

Todas ellas fueron anunciadas y sugeridas en el estudio actuarial de corte del año 2010, presentado en el 2013 por la firma Actuaria. Podemos imaginar las recomendaciones que darán los nuevos estudios actuariales.

Deseo resaltar que, de no haberse tomado estas medidas tan graves, la historia sería distinta, y que mientras más tiempo pase hasta que se implementen soluciones, sus consecuencias serán todavía más duras.

El libro hace una propuesta de sistema mixto, objeto de análisis desde el punto de vista de financiamiento y de si cumple con el principio de solidaridad, en razón de que el fallo de inconstitucionalidad de mayo de 2002 (Resolución No. 052-2001-RA, 2005, p. 19) no cuestionó el sistema mixto per se, sino que lo cuestionó por no ser solidario. Es por eso que, una propuesta de esta índole tendrá que ser bien estudiada.

Al referirse a la Institucionalidad, Borja hace la sugerencia, hasta que se logre un cambio de la Ley, de que el Consejo Directivo cuente con un órgano de asesoría que sea el encargado de la planificación institucional para el manejo de todos los seguros.

Esta propuesta es tal vez con la única que discrepo, en razón de que el Consejo Directivo cuenta al momento con asesores, y en lo que se debería insistir es en que sean las cabezas las que conozcan a profundidad la materia, y que con esa visión, una visión técnica, no política, puedan dar un manejo técnico y transparente a la Seguridad Social.

Este comentario también va para el manejo del BIESS, que en la última década dejó mucho que desear y es necesaria una reingeniería de dicha institución y sobretodo del manejo de las inversiones.

Con respecto a las medidas de aplicación inmediata, concuerdo plenamente con la necesidad de la derogatoria a la nefasta Resolución No. CD 501, pero de la mano de esa medida, se debe dar solución estructural a los problemas de financiamiento y gestión del Fondo de Salud Individual y Familiar, ya que eliminar de plano la Resolución CD 501, sin medidas para salud, causarían su inmediato desfinanciamiento.

2. CONCLUSIONES

Para terminar, recalco y coincido con la autora en la necesidad imperante de una reforma estructural y profunda del sistema de seguridad social ecuatoriano, a pesar de su dificultad.

Para llegar a la universalización de la seguridad social se requiere solucionar todos los problemas de financiamiento y de institucionalidad. Este gran anhelo no se podrá lograr si no se instaura un gran proceso de diálogo social a nivel nacional.

Para el diálogo, se requiere un diagnóstico, y este libro, La Descapitalización del Fondo de Pensiones del IESS vs. el derecho de los Afiliados, constituirá sin duda una pieza fundamental para lograr dicho objetivo.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Actuaria Consultores Cía. Ltda. (2013) Informe consolidado Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, Seguro General de Salud individual y familiar, Seguro General de Riesgos del Trabajo, Seguro Social Campesino. Tablas Biométricas. Consultoría Actuarial para la revisión y aprobación de balances actuariales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al 31 de diciembre de 2010.

Contraloría General del Estado (2017) Informe No. DADSySS-0023-2017. Examen especial a las resoluciones realizadas por el Consejo Directivo del IESS, respecto a los porcentajes de distribución de las aportaciones efectuadas para los fondos administrados de los seguros de pensiones y de salud, en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, por el período comprendido entre el 2 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2015. [página web] Disponible en: http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=49321&tipo=inf

Corte Constitucional (2018) Sentencia No. 002-18-SIN-CC, Casos No. 0035-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN, 0030-15-IN acumulados. [página web] Disponible en: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/17dbd439-771e-4ccc-9703-f2633d3d7b12/0035-15-in-sen.pdf?guest=true

De la Torre, A. (2018) La preocupante situación de los sistemas previsionales en América Latina. [página web] Disponible en: https://www.brookings.edu/es/research/la-preocupante-situacion-de-los-sistemas-previsionales-en-america-latina/

Espinosa, R. (2017) Entrevista al ex presidente del Consejo Directivo del IESS. [página web] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=TmQJ4q7h7Xo&t=1238s

IESS (2013) Valuación Actuarial del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio. Dirección Actuarial y de Investigación. Quito, Ecuador.

INEC (2014) El trabajo no remunerado del hogar [página web] Disponible en: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-trabajo-no-remunerado-representa-el-1541-del-pib/

Resolución No. CD. 501, del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Tablas de distribución del porcentaje aportación del IESS. [página web] Disponible en: https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+501.

Tribunal Constitucional (2005) Resolución No. 052-2001-RA. Registro Oficial Suplemento No. 525, del 16 de febrero del 2005.

Recibido: 8 de noviembre de 2018

Aceptado: 22 de abril de 2019

Dra. Carmen Corral Ponce, LLM: Docente de la Universidad San Francisco de Quito

Correo electrónico: cfcorralp@gmail.com

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837